FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE

DES ORDONNANCES

SUR

REQUÊTE DES PRÉSIDENTS DES TRIBUNAUX CIVILS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le 23 mars 1900, à 2 heures

Par **Jules-Rodolphe LÉVY**

Avocat près du Tribunal civil de Constantine
Pourvu du Diplôme supérieur d'études de Droit musulman
et de Législation algérienne
Lauréat de l'Ecole de Droit d'Alger
(1 premier prix et 2 Mentions honorables)

Président : M. BOUVIER-BANGILLON, *professeur.*

Assesseurs : MM. CÉSAR-BRU, *professeur.*
FERRON, *agrégé.*

Le Candidat répondra, en outre, aux questions qui lui seront posées sur les autres matières de l'enseignement

PARIS
LIBRAIRIE MARESCQ AINÉ
A. CHEVALIER-MARESCQ ET Cie ÉDITEURS
20, RUE SOUFFLOT, 20

1900

THÈSE

POUR

LE DOCTORAT

THÈSE

POUR

LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE

DES ORDONNANCES

SUR

REQUÊTE DES PRÉSIDENTS DES TRIBUNAUX CIVILS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le 23 mars 1900, à 2 heures

Par **Jules-Rodolphe LÉVY**

Avocat près du Tribunal civil de Constantine
Pourvu du Diplôme supérieur d'études de Droit musulman
et de Législation algérienne
Lauréat de l'Ecole de Droit d'Alger
(1 premier prix et 2 Mentions honorables)

Président : M. BOUVIER-BANGILLON, *professeur.*

Assesseurs : MM. CÉSAR-BRU, *professeur.*
FERRON, *agrégé.*

Le Candidat répondra, en outre, aux questions qui lui seront posées sur les autres matières de l'enseignement

ACAD.
LYON.BAT.
BIBL.

PARIS

LIBRAIRIE MARESCQ AINÉ

A. CHEVALIER-MARESCQ ET Cie ÉDITEURS

20, RUE SOUFFLOT, 20

1900

UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE

FACULTÉ DE DROIT

MM. **Bry**, doyen, professeur de droit romain.
de Pitti-Ferrandi, professeur de législation criminelle
Jourdan, professeur de droit civil.
Bouvier-Bangillon, professeur de droit commercial.
Lacoste, professeur de droit civil.
Vermond, professeur de droit romain.
Moreau, professeur de droit administratif.
Perreau, professeur d'économie politique.
César-Bru, professeur de droit civil.
Ferron, agrégé.
Gaudemet, agrégé.
Babled, agrégé.
Politis, chargé de cours.
Brocard, chargé de cours.
Jèze, chargé de cours.
Lefas, chargé de cours.
Secrétaire, M. **Jougla**.

DES ORDONNANCES

SUR

Requête des présidents des tribunaux civils

INTRODUCTION

La juridiction du président du tribunal civil se manifeste par les ordonnances sur requête et par les ordonnances de référé.

Les ordonnances sur requête font seules l'objet de notre étude.

Elles ont leur utilité parce qu'elles servent à l'application de certaines mesures présentant un caractère d'urgence et excluant momentanément la contradiction de la part de celui qu'elles atteignent. Elles ont aussi cet avantage, étant rendues par le président seul, de décharger les

tribunaux civils de l'examen d'un grand nombre de demandes qui sont l'accessoire de procédures à eux soumises et qui, si elles recevaient solution par jugement, nuiraient à l'expédition des affaires.

Faute de préceptes émanant du législateur, une grande incertitude a toujours régné sur la nature juridique des ordonnances sur requête, sur leurs effets et, par suite, sur les voies de recours dont elles sont susceptibles.

La plupart des auteurs, par suite d'une méprise qu'il sera aisé de faire ressortir, ont établi une analogie complète entre la juridiction volontaire du droit romain et celle du président statuant sur requête. Ils en ont conclu que le président, dans cette matière, exerçait une juridiction qu'ils ont appelée gracieuse ou discrétionnaire, faisant de ces expressions des synonymes du mot volontaire et attribuant au magistrat un pouvoir souverain que ne justifient ni les textes anciens ni les modernes.

Une certaine confusion paraît avoir régné dans l'esprit de quelques auteurs, lorsqu'il s'est agi d'indiquer les raisons sur lesquelles ils ont basé leur opinion.

L'un d'eux même (1) a classé telles ordon-

1. Bioche. *Dict. de pr. civ. et comm.*, V. *Ord. du juge*, p. 262 et suiv.

nances dans la juridiction gracieuse et telles autres dans la juridiction contentieuse, sans faire connaître les motifs de sa décision.

On peut le constater, en lisant la partie de l'ouvrage de Bioche consacrée aux ordonnances sur requête.

On voit encore que cet auteur admet arbitrairement l'appel pour :

L'ordonnance qui désigne le notaire entre les mains duquel doit être déposé un testament mystique.

L'ordonnance d'*exequatur* en matière d'arbitrage.

L'ordonnance autorisant la femme plaidant en séparation de corps à se retirer dans une maison déterminée.

Tandis qu'il considère comme susceptibles d'opposition :

L'ordonnance du président qui commet un juge pour procéder à un interrogatoire sur faits et articles, en l'absence de la partie.

L'ordonnance d'*exequatur* en matière d'arbitrage volontaire.

Celle d'envoi en possession d'un légataire universel en vertu d'un testament olographe ou mystique.

Et cet auteur considère comme émanant du pouvoir discrétionnaire du juge :

L'ordonnance portant permission d'assigner à bref délai.

Celle qui commet un huissier pour faire la notification d'une surenchère.

Celle qui autorise une saisie-arrêt etc...

De Belleyme considère que le président, en matière d'ordonnances sur requête a un pouvoir discrétionnaire parce qu'il peut accorder ou refuser des mesures conservatoires *selon les inspirations de sa conscience* (1).

Bertin et M. de Peyramont ont même exclu les ordonnances sur requête de l'attribution juridictionnelle du président, faisant exercer à ce magistrat de l'ordre judiciaire un pouvoir d'administration et de police, impliquant comme la juridiction dite volontaire une attribution discrétionnaire et souveraine.

Les tribunaux et les cours avaient adopté la terminologie des auteurs, mais des divergences d'opinions n'ont pas tardé à se produire. La doctrine et la jurisprudence postérieures aux dernières éditions des ouvrages si justement appréciés de de Belleyme, Chauveau, Bertin, Bazot ont marqué une tendance à considérer au moins certaines ordonnances sur requête comme appartenant au domaine de la juridiction contentieuse.

1. T. I, p. 36.

Si on classe les ordonnances sur requête dans la juridiction gracieuse on doit n'admettre aucun recours contre ces décisions, parce que la juridiction gracieuse implique un pouvoir souverain excluant l'opposition et l'appel.

Les ranger dans la catégorie des décisions de la juridiction contentieuse, c'est au contraire admettre qu'elles sont attaquables par les voies directes que la loi a tracées, chaque fois qu'il s'agit de recourir contre une décision contentieuse.

Il est de toute nécessité que le justiciable puisse voir s'établir une garantie stable contre un refus inconsidérément prononcé ou une mesure mal à propos accordée. Il faut également que le magistrat soit lui-même fixé sur l'étendue de ses pouvoirs. Il sera en effet moins hésitant dans l'application des mesures que la partie sollicite, s'il sait l'adversaire protégé par une voie directe de recours contre une décision rendue avec des moyens de contrôle insuffisants.

Préciser la nature juridique des ordonnances sur requête, les effets de ces décisions, les recours dont elles sont susceptibles, tel est le programme que nous nous sommes tracé et que nous nous efforcerons de réaliser.

CHAPITRE I

Définition des ordonnances sur requête et pouvoirs des présidents.

SECTION I

Définition

On s'explique facilement que le législateur ait songé à donner aux magistrats de l'ordre judiciaire certains pouvoirs, à côté de ceux dont sont investies les juridictions auxquelles ils sont attachés. Il est des circonstances où la rapidité des décisions s'impose, où l'intérêt de la cause doit exclure le débat contradictoire, sauf à celui qui a lieu de se plaindre d'une mesure quelconque à se pourvoir pour en faire annihiler les effets. D'autre part, certains actes du magistrat sont de véritables mesures préparatoires servant à mettre la procédure en état et permettant au tribunal de statuer.

Investir les tribunaux du droit de rendre des décisions de cette nature eût été occasionner

des lenteurs qui les auraient peut-être rendues inefficaces et créer un encombrement d'affaires demandant un sommaire examen ; c'eût été nuire à la bonne administration de la justice.

Chaque fois que le magistrat intervient, soit pour ordonner une mesure en l'absence de la partie contre laquelle elle est dirigée, soit pour faire une acte d'instruction dans une procédure ordonnée par le tribunal, soit pour prescrire contradictoirement des mesures provisoires et urgentes, sa décision prend le nom d'ordonnance.

Lorsqu'une ordonnance intervient sur la poursuite d'un intéressé et vise son antagoniste absent, elle est appelée ordonnance sur requête, parce que, dans ce cas, le magistrat est mis en mouvement par une réquisition appelée requête.

Elle est encore appelée ordonnance sur requête quand elle émane du juge désigné au cours d'une instance et a pour but l'accomplissement de mesures d'instruction en matière d'inscription de faux, de vérification d'écriture, d'enquête, etc., quand elle est rendue par le juge-commissaire chargé de procéder à un règlement par voie d'ordre ou à une distribution par contribution.

L'ordonnance sur requête est donc un ordre

ou une autorisation du magistrat, mis à la suite d'une requête qui lui est présentée par une partie intéressée, en vue d'obtenir hors la présence de l'adversaire, l'accomplissement de certaines mesures conservatoires et urgentes, ou la dispense de certaines formalités, ou encore des actes d'instruction prescrits dans différentes procédures et des décisions spéciales aux règlements par voie d'ordre et de contribution.

Les ordonnances rendues en matière provisoire et urgente après mise en cause régulière de la partie intéressée, en vue d'un débat contradictoire, s'appellent ordonnances de référé.

Notre travail a uniquement pour but d'étudier la théorie des ordonnances sur requête des présidents des tribunaux civils. Nous n'aurons donc pas à nous occuper des ordonnances rendues sur requête par les juges-commissaires, ni des ordonnances de référé.

Section II

Pouvoirs des présidents.

Le président prend connaissance de la requête, entend la partie ou son avoué, examine les pièces produites et statue en rendant son ordonnance. Même s'il refuse de faire droit à la

demande, il doit rendre une ordonnance ; l'article 506 du code de procédure civile est formel à cet égard. Il énonce en effet que le président peut être pris à partie s'il refuse de répondre une requête. Il est donc tenu d'autoriser la mesure sollicitée avec les restrictions qu'il croit devoir y opposer ou d'indiquer son refus de faire droit à la requête. Les auteurs sont dans ce sens (1).

L'ordonnance doit être motivée parce que, comme nous le verrons, elle constitue une décision judiciaire et que toute décision judiciaire doit énoncer les motifs qui l'ont dictée ; puis il est nécessaire que, si cette décision est frappée de recours, la juridiction supérieure appelée à statuer puisse juger en connaissance de cause (2).

Lorsque le président du tribunal civil est dans le cas d'être suppléé pour l'exercice des fonctions dont il est investi, il est remplacé par le plus ancien des vice-présidents. Si le tribunal n'est pas divisé en plusieurs chambres, le président est remplacé par le plus ancien des juges,

1. Garsonnet. *Traité de pr. civile.* T. 7, p. 248. Bazot. *Ord. sur req. et sur référé*, p. 46. G. Bonjean. *Ord. s. req. et référé* T. 1, nos 188 et suiv. V. cependant *contrà* Bertin. *Ord. s. req. et sur référé*, T. 1, p. 28.

2. En ce sens Bonjean T. 1. n° 193, Bazot, p. 47.

(art. 47, loi 30 mars 1808). Néanmoins, les requêtes présentées après la distribution de la cause et dans le cours de l'instruction sont répondues par le vice-président de la chambre à laquelle la cause a été distribuée (art. 54 loi 30 mars 1808). Ainsi, aux termes de l'article 95 du Code de procédure civile, si une affaire ne paraît pas susceptible d'être jugée sur plaidoirie ou délibéré le tribunal ordonne qu'elle sera instruite par écrit pour être fait rapport par l'un des juges nommé par le jugement. S'il y a lieu de remplacer le rapporteur il en est commis un autre, (art. 110 C. pr. c.) par ordonnance sur requête de la chambre à laquelle la cause a été remise.

Lorsque le président est empêché il nous paraît nécessaire d'indiquer dans l'ordonnance que le vice-président ou le juge qui le remplace procède en son remplacement pour cause d'empêchement, parce que le président a un pouvoir qui ne peut être dévolu que s'il est dans le cas d'être suppléé. La constatation de l'empêchement et de la qualité du magistrat qui procède à la place du président est le seul moyen de contrôle dont disposera la juridiction supérieure à laquelle sera peut-être déférée l'ordonnance rendue.

A la vérité, l'article 558 du code de procé-

dure civile permet de solliciter une ordonnance *du juge* à l'effet d'être autorisé à pratiquer une saisie-arrêt, mais le terme employé par ce texte, comme celui contenu dans l'article 506 du même code, est synonyme de magistrat compétent, c'est-à-dire de président. On emploie également le mot juge comme synonyme de tribunal, de juridiction chargée d'appliquer la loi. On peut d'ailleurs constater que de nombreux articles du code de procédure civile (voir notamment les articles 72, 417, 909) désignent expressément le *président* pour rendre les ordonnances qu'ils visent.

Nous sommes donc loin de partager l'opinion de Bertin, formulée en ces termes : « En présence de l'art. 558, qui règlemente le cas le plus fréquent et ordinairement le plus grave, il y a lieu de croire que le législateur n'a pas entendu attribuer exclusivement au président du tribunal le droit de statuer sur requête. Il n'y a pas lieu, dès lors, de mentionner dans l'autorisation qu'elle est donnée par suite de l'empêchement du président (1) ».

1. Bertin. *Ord. s. req. et référé*, 1er vol. p. 27. En sens contraire. Toulouse, 29 janvier 1845. *D. P.* 45. 2. 129.

CHAPITRE II

Forme des ordonnances sur requête.

La requête doit être écrite sur papier timbré et contenir l'exposé des faits et l'indication des textes sur lesquels le requérant se fonde. Mais certaines ordonnances comme celles relatives à la détention des mineurs et au dépôt des testaments, sont rendues à la suite de requêtes verbales.

Le décret du 16 février 1807 a consacré le droit exclusif pour les avoués de présenter les requêtes prévues par le code de procédure civile et les lois sur la procédure. Les requêtes sont en effet des actes de postulation et, à ce titre, leur présentation rentre dans les limites de leur monopole (1).

Exceptionnellement, et par la force des choses, la partie présente elle-même requête pour obtenir la nomination d'un avoué à l'effet d'occuper pour elle dans une instance civile.

1. Bazot, p. 46. Bertin, *T. I.* p. 26, de Belleyme, *T. I.* p. 3.

Aux termes de l'art. 1040 du code de procédure civile « tous actes et procès-verbaux du ministère du juge sont faits au lieu où siège le tribunal ; le juge doit être *toujours* assisté de son greffier, qui gardera la minute et délivrera les expéditions : en cas d'urgence, le juge répondra en sa demeure les requêtes qui lui seront présentées ».

Hors les cas d'urgence, il nous paraît que l'usage presque général qui s'est établi, pour les besoins de la pratique, de procéder, dans la délivrance des ordonnances sur requête, sans l'assistance du greffier, est contraire aux dispositions de l'article de loi qui vient d'être cité.

Les auteurs ont adopté l'opinion contraire, parce que, disent-ils, si le président peut répondre toutes les requêtes en son hôtel, il a aussi le pouvoir de les recevoir au palais de justice pour plus de commodité (1).

La même irrégularité se commet lorsque, toujours pour répondre à un besoin pratique, la minute de l'ordonnance est remise à la partie requérante, au lieu d'être déposée au greffe et expédiée. Les considérations qui font ainsi déroger aux prescriptions de la loi ne sont pas

1. Bioche. *Diction, de proc.* V° *Ord. du juge*, N° 12. Garsonnet V° *Ord. s. req.* p. 247. De Belleyme. T. 1. p. 87. Bertin. T. 1. N° 11, Bazot, p. 47.

suffisantes pour permettre d'échapper à l'observation de règles absolument formelles (1).

Ceux qui acceptent comme régulière cette forme de procéder font cependant une réserve pour les ordonnances relatives à l'envoi en possession prévu par l'art. 1008 du code civil, parce qu'une instruction du garde des sceaux de juin 1826 a déclaré « qu'il est prudent d'excepter de la remise aux parties l'ordonnance d'envoi en possession rédigée au cas de l'art. 1008 du code civil ». Ce sont là, à notre sens, une règle et une exception arbitrairement posées (2).

Un autre inconvénient nous semble résulter de cette manière de procéder. L'acte authentique est celui qui est reçu par un officier public avec les qualités requises. Les actes du ministère du juge acquièrent le caractère authentique grâce à l'intervention du greffier, qui est un officier public. L'absence du greffier enlève donc aux ordonnances sur requête ce caractère ; cela revient à décider que les énonciations qu'elles renferment font foi jusqu'à preuve du contraire et non jusqu'à inscription de faux.

1. En sens contraire. G. Bonjean, 1er vol., p. 101 et 102.
2. V. Bonjean. T. I, p. 101.

CHAPITRE III

Dans quels cas sont rendues les ordonnances sur requête.

Certaines circonstances appellent une justice prompte et expéditive.

Le code de procédure civile s'est occupé des cas où il est permis d'abréger les délais, de se dispenser des formalités dans les instances suivies devant le tribunal appelé à juger le fond d'un procès.

Mais il est des cas où l'urgence permet, sans préjuger le fond, et sans y préjudicier, de statuer avec une procédure rapide, réglementée par le titre 16 du livre 5 du code de procédure civile. Nous voulons parler des référés.

Les référés diffèrent, quant à la forme, des procédures sommaires suivies devant les tribunaux. Une assignation suffit pour saisir le président. La partie peut se présenter elle-même devant le magistrat et n'a pas besoin de l'assistance d'un avoué. Le résultat des ordonnances de référé est aussi tout différent de celui des affaires, même sommaires, jugées au fond. Celles-

ci mettent fin au litige, au moins en premier ressort ; au contraire, le référé ne conduit jamais à cette conséquence. Le droit des parties n'y est pas en question ; il est laissé intact par l'ordonnance de référé, qui a un caractère provisoire. « Les ordonnances de référé, dit l'art. 809 du Code de procédure civile, ne feront aucun préjudice au principal ». L'article 806 dispose que « *dans tous les cas d'urgence,* ou lorsqu'il s'agira de statuer provisoirement sur les difficultés relatives à l'exécution d'un titre exécutoire ou d'un jugement il sera procédé ainsi qu'il sera réglé ci-après ». Suivent les articles relatifs à la procédure de référé.

Nous l'avons dit : le référé s'introduit par une assignation, à l'audience ordinaire tenue par le président, sans autre formalité.

L'art. 808 du code de procédure civile autorise même à procéder plus rapidement. Le président peut permettre d'assigner, soit à son hôtel, à heure indiquée, même les jours de fête. Tout retard serait peut-être de nature à occasionner un préjudice irréparable. Dans ce dernier cas l'assignation est donnée en vertu d'une ordonnance, rendue sur requête, portant fixation de la date, de l'heure et du lieu de la comparution. Mais il y a toujours assignation donnée à la partie adverse.

L'ordonnance sur requête, au contraire, nous l'avons expliqué dans notre définition, est toujours rendue en l'absence de l'adversaire du demandeur, parce que sa présence pourrait annihiler ou paralyser l'effet des mesures qu'elle prescrit.

Dans tous les cas d'urgence, sans énumération limitative, le juge des référés est compétent, à condition de ne pas préjudicier au principal. Le président des référés est juge de la question d'urgence ; la loi n'a pas déterminé les cas spéciaux dans lesquels il serait compétent ; mais par contre il statue toujours après mise en cause du défendeur.

Au contraire, pour les ordonnances sur requête qui, comme les ordonnances de référé, règlent des situations provisoires et urgentes, mais en l'absence du défendeur, aucun texte ne permet aux présidents de rendre des décisions d'une façon générale. De ce chef, ses pouvoirs sont limitativement déterminés par la loi. On objectera peut-être qu'il est des cas non prévus par le législateur, et qui ne comportent pas l'avertissement du défendeur, à la suite duquel toutes diligences seraient vaines. C'est possible, mais il faut s'incliner devant la volonté du législateur.

Le décret du 30 mars 1808, pourrait-on dire,

permet dans son article 54, de présenter toutes requêtes à fin d'arrêt ou de revendication de meubles et de marchandises ou *d'autres mesures urgentes*, etc.., au président du tribunal, qui leur répondra par son ordonnance, après la communication, s'il y a lieu, au procureur de la République.

Mais le titre de ce décret est le suivant : *Règlement pour la police et la discipline des tribunaux.* Son but était de faire un règlement intérieur, sans augmenter la compétence des présidents, chose qui n'aurait pu être faite que par une loi ; et quand il parle de mesures urgentes, il fait certainement allusion aux cas prévus par les lois sur la procédure civile.

S'il en était autrement, il faudrait supprimer l'art. 806 du code de procédure civile et les référés, puisque toute partie serait libre de faire statuer dans tous les cas urgents par simple ordonnance sur requête, sans débat contradictoire, ce qui est inadmissible.

Nous ne pouvons donc nous ranger à l'opinion de M. Bazot, de Bertin et de M. Bonjean qui attribuent au président un pouvoir illimité en matière d'ordonnances sur requête, à la seule condition que l'urgence justifie les mesures provisoires sollicitées.

« Un texte de loi, aussi formel que précis, dit

M. Bazot (1), est venu donner à la juridiction discrétionnaire du président une base légale, aussi large que possible. C'est l'art. 54 du décret du 30 mars 1808.... Devant la cour de cassation, M. le conseiller de Peyramont et M. le Premier Avocat Général de Raynal proclamaient que les pouvoirs du président trouvaient, dans cette disposition, une base aussi étendue que solide, et le premier de ces éminents magistrats pouvait dire, avec raison, que la compétence du président du tribunal, dans les cas d'urgence, pour les mesures conservatoires, était universelle. Voilà donc désormais, si je puis ainsi parler, la charte de la juridiction présidentielle en matière d'ordonnance sur requête ».

M. Bertin (2) cite un arrêt de la cour de Paris du 6 janvier 1866 (P. 1866, 205. D. P. 66. 2, 27) par lequel il a été décidé que le président ne pouvait, en dehors des cas spécifiés par le code de procédure civile et les lois spéciales délivrer des ordonnances sur requête, alors qu'il s'agissait de mesures qui devaient ou pouvaient rencontrer des contradicteurs. Il constate que les présidents des tribunaux de première instance ont cru, jusqu'à l'arrêt du 6 janvier 1866, qu'ils avaient le droit, dans les cas d'ur-

1. *Des ordonnances sur requête*, p. 51.
2. *Ord. sur requête et référé*, T. 1., n° 25.

gence, de délivrer sur requête des autorisations, et à l'appui de cette croyance, qui n'avait soulevé aucune controverse jusqu'en 1866, Bertin signale des milliers d'autorisations données en dehors des cas spécifiés par les textes.

Il ajoute que personne n'avait songé, jusqu'à l'arrêt de la Cour de Paris du 6 janvier 1866, à contester la régularité de ces autorisations, qui donnaient satisfaction à des besoins réels et sauvegardaient des droits et des intérêts légitimes et que s'il est vrai que toutes ces autorisations ont été données en dehors des prescriptions de la loi et par excès de pouvoir, il faut mettre un terme à une pratique mauvaise, puisqu'elle est illégale. Bertin pense avec l'arrêt de la cour de Paris que, quelque fâcheuse que puisse être l'impuissance du président, il doit s'abstenir, si la loi ne lui confie pas le pouvoir d'agir, car il estime que les conséquences de son refus, quelque préjudiciables qu'elles puissent être au point de vue de l'intérêt individuel, le seraient moins que celles qui résulteraient d'un abus de pouvoir. Dans ce cas, le législateur devrait intervenir pour combler une regrettable lacune en conférant au président du tribunal le pouvoir de faire ce que réclame impérieusement l'intérêt public.

Bertin expose encore avec raison que, bien

qu'il y ait parfois à redouter que le président n'use pas avec modération et sagesse du droit que la loi lui accorde, dans tous les cas d'urgence, des demandes qui lui sont présentées en référé, le législateur a pensé que l'intérêt public exigeait que de tels pouvoirs fussent conférés au président du tribunal. Il cite la réponse faite par M Réal dans l'exposé des motifs du code de procédure de 1806, pour justifier l'attribution de pouvoirs universels au président en référé, en cas d'urgence.

« Il n'est pas un homme ayant l'expérience « des affaires qui n'ait eu occasion de reconnaî- « tre très souvent qu'il est des circonstances « dans lesquelles le délai d'un seul jour, et mê- « me le délai de quelques heures, peut être la « source des plus grandes injustices et causer « des pertes irréparables.

« C'est dans les grandes villes, c'est surtout « dans cette capitale, et au milieu de son immen- « se population, que cette vérité est à chaque « instant reconnue.

« Dès 1685, un édit donné par l'administra- « tion de la justice du Châtelet de Paris, ordon- « ne que dans plusieurs cas dont il fait une « longue énumération, le lieutenant civil pour- « ra ordonner que les parties comparaîtront le « jour même dans son hôtel pour y être enten-

« dues et être par lui ordonné par provision ce « qu'il estimera juste.

« L'existence de cet édit nous permet de sup- « poser qu'il n'a fait que confirmer ou régulari- « ser un usage introduit bien antérieurement, « usage que nous trouvons encore dans cette « *clameur de haro*, à laquelle les anciens ha- « bitants de la Normandie obéissaient avec une « si respectueuse soumission.

« Ce qui pouvait, en 1685, n'être qu'utile « doit être, sans contredit, reconnu indispen- « sable en 1806. Il ne s'agit plus que de « coordonner cette institution au système gé- « néral et d'empêcher qu'on ne puisse en « abuser.

« D'après l'art. 806, on ne doit prendre la « voie de référé que dans les cas d'urgence, ou « lorsqu'il s'agit de statuer provisoirement sur « les difficultés relatives à l'exécution d'un ti- « tre exécutoire ou d'un jugement.

« Les lignes tracées par la seconde partie de « cette disposition sont assez facilement pro- « noncées pour qu'on ne puisse les franchir « sans une évidente mauvaise foi. Quelques « personnes ont paru craindre qu'il ne fût facile « d'abuser *du cas d'urgence* et de faire por- « ter sous cette dénomination à l'hôtel du pré- « sident ou à l'audience des référés dont parle

« l'art. 807, des autorisations qui devraient « être portées à l'audience ordinaire du tri- « bunal.

« Nous croyons que cette inquiétude n'est « pas fondée et que, sans rappeler la longue « nomenclature des cas prévus par l'art. 1685, « la loi s'explique assez clairement en n'attri- « buant à l'audience des référés que les cas « d'urgence. Le discernement, la probité du « président ou du juge délégué feront le reste. « Renvoyant à l'audience les contestations qui « ne seraient portées en son hôtel que par une « indiscrète et avide préoccupation, il n'hési- « tera pas à prononcer sur celles auxquelles le « moindre retard, ne fût-il que de quelques « heures, peut porter un préjudice irrépa- « rable ».

Ces considérations, d'après Bertin, s'appliquent tout aussi bien aux autorisations sur requête qu'aux ordonnances de référé. Selon cet auteur, la nature de l'autorisation sur requête exige impérieusement et plus impérieusement encore que pour l'ordonnance de référé, que son domaine ne soit pas renfermé dans les limites des cas prévus. Le législateur n'a pu spécifier tous les cas nécessitant son intervention par voie d'ordonnance sur requête. A l'époque de la promulgation du

code de procédure civile, l'autorisation sur requête n'avait pas l'importance qu'elle a prise depuis. L'attention du législateur a dû être exclusivement fixée sur l'ordonnance de référé. Le législateur ne s'est pas autrement préoccupé de la réglementation des pouvoirs, qui n'apparaissaient pas comme devant avoir un intérêt considérable pour les justiciables.

Bertin reconnaît que quels que soient les motifs qui peuvent expliquer la lacune du code de procédure, en ce qui concerne l'autorisation sur requête, il est certain que cette lacune existe et que ce code confère au président, commé juge des référés, des pouvoirs généraux que le texte de la loi ne reproduit pas, alors qu'il dispose en vue des autorisations sur requête.

C'est pour combler cette lacune que serait intervenu, d'après Bertin, l'art. 54 du décret du 30 mars 1808.

D'après lui, il est certain que, depuis le décret d'organisation judiciaire du 30 mars 1808, le président peut, en matière d'autorisation sur requête, aussi bien qu'en matière de référé, statuer dans tous les cas d'urgence, ce droit lui ayant été spécialement conféré dans les matières d'autorisation sur requête par l'art. 54 du décret du 30 mars 1808.

Nous avons expliqué les raisons pour lesquelles ce décret, selon nous, ne pouvait être interprété dans le sens d'une attribution de juridiction illimitée au président du tribunal civil en matière d'autorisation sur requête.

M. Garsonnet partage l'opinion de Bazot et de Bertin (1).

Il dit qu'il n'est guère contesté, que les parties aient le droit de s'adresser par requête au président dans tous les cas qui exigent une décision immédiate, et que celui-ci ait le devoir non pas de faire droit à leur requête, mais d'y répondre, et il fait remarquer qu'on ne cite qu'un seul arrêt en sens contraire. On ne peut soutenir, d'après M. Garsonnet, que ces cas sont exceptionnels et que l'énumération qui précède est limitative ; que d'autre part, un si large usage des ordonnances sur requête fait double emploi avec le référé, et qu'il prête en mettant la partie adverse dans l'impossibilité de se défendre, à des abus qu'éviterait une procédure contradictoire. A son avis, la nature même de ces pouvoirs et des besoins auxquels il correspond veut qu'il s'exerce non-seulement dans les cas déterminés par la loi, mais encore dans tous les cas analogues qu'il lui était impossible de

1. Garsonnet T. 7. p. 244, N° 1455 et suiv.

prévoir. Ensuite, une ordonnance qui s'obtient à l'insu de l'adversaire ne peut faire double emploi avec une procédure contradictoire ; les garanties que présente la voie du référé sont souvent illusoires avec la faculté d'assigner d'heure à heure, qui ne laisse pas à la partie assignée le temps de se défendre, et cette voie est même plus dangereuse, en un sens, que l'ordonnance sur requête, qui ne crée aucun droit, même provisoire, au profit de celui qui l'obtient, et laisse à l'adversaire la pleine et entière liberté de débattre le fond. Il ajoute enfin que l'usage illimité des ordonnances sur requête, dans la seule condition de l'urgence, est consacré par un texte formel, l'art. 54 du décret du 30 mars 1808.

Nous lisons dans le recueil de Dalloz (1), sous l'arrêt de la cour de Paris, du 1er mai 1873, arrêt qui décide que le président du tribunal a une compétence illimitée pour prescrire sur requête des mesures urgentes et transitoires qui laissent intacts les droits respectifs des parties, une intéressante dissertation de M. Cazalens. Ce commentateur, reconnaissant qu'on peut avoir de sérieux doutes sur l'interprétation du décret de 1808, constate que la juridiction générale des ordonnances sur re-

1. D. P. 75. 2. 75.

quête est entrée profondément dans les habitudes judiciaires et répond à des besoins pratiques.

« Quand on veut, dit-il, trouver une disposition générale applicable à cette matière, il faut se reporter à l'art. 54 du décret du 30 Mars 1808, contenant règlement pour la police et la discipline des cours et tribunaux;.... il est admis aujourd'hui que cette disposition a eu pour effet d'attribuer au président le pouvoir de statuer sur requête dans tous les cas d'urgence, et de conférer ainsi à cette juridiction le caractère d'universalité que la juridiction des référés tient de l'art. 806 du code de procédure civile. Cependant, si l'on considère, d'une part, que les mots « ou autres mesures d'urgence », sur lesquels s'appuie exclusivement cette interprétation peuvent très bien s'entendre des autres mesures d'urgence prévues par les codes et les lois spéciales, et, d'autre part, que les pouvoirs des juges ne peuvent être régulièrement établis que par une loi, tandis que la disposition précitée fait partie d'un simple décret rendu en exécution de la loi du 27 ventôse an VIII sur l'organisation des tribunaux, laquelle ne dit rien des ordonnances sur requête, on est amené à concevoir des doutes sérieux sur l'exactitude de l'opinion sus-rappelée ».

Nous admettons cependant que le président a compétence pour statuer par ordonnance sur requête dans tous les cas urgents, sans exception, quand il n'y a pas de contradicteur possible. Le référé est alors impraticable et il faut cependant statuer. Ainsi, un négociant meurt sans laisser d'héritiers connus ; des billets à payer ou à recevoir arrivent à échéance ; il faut éviter des déchéances fatales, mettre des objets en sûreté, etc., car le curateur ne pourra être nommé que par jugement. Il est évident que le président aura compétence pour ordonner les mesures les plus urgentes en nommant par exemple, un gérant pour procéder aux actes indispensables. Cette décision sera rendue sur requête et tiendra lieu d'ordonnance de référé, parce qu'un référé ne pourrait être introduit contre personne (1).

Nous consacrerons un chapitre spécial à l'énumération détaillée des différentes ordonnances sur requête.

1. Rousseau et Laisney. *Dict. de proc. civ.* V. *requête* (*ord.* sur req., n° 3). Paris, 23 Janvier 1866. D. P. 1866, 2, 29.

CHAPITRE IV

Nature juridique des ordonnances sur requête.

C'est un problème difficile à résoudre que d'établir la nature juridique des ordonnances sur requête. La solution en est d'une grande importance, parce que les effets qu'on leur fera produire différeront essentiellement, selon qu'on les classera dans telle ou telle catégorie de décisions. De ces effets découlera encore une conséquence considérable, les ordonnances sur requête seront-elles susceptibles de recours, et dans quel cas ?

On peut trouver étrange que depuis la codification de nos lois aucun texte n'ait été mis à jour, qui permette de fixer immuablement un système, parmi ceux qu'ont édifiés les auteurs et la jurisprudence. Il n'est pas sans intérêt pour établir dans notre matière des principes solides et raisonnés, d'analyser tout d'abord les opinions des auteurs et les espèces jugées.

Section I

Opinions des auteurs.

Les auteurs, à l'exception de Bioche, qui a fait la division par catégories que nous allons indiquer, et de M. Bonjean, ont classé les ordonnances sur requête dans la juridiction gracieuse ou discrétionnaire.

Nous allons analyser les opinions qu'ils ont émises avant d'aborder l'étude de la jurisprudence et de passer *à la discussion*.

Bioche (1) divise en deux catégories, sans indiquer les raisons juridiques de cette division, les ordonnances sur requête, en classant dans la première celles qui sont susceptibles de recours et dans la seconde celles qui émanent du pouvoir discrétionnaire du juge.

« Les ordonnances sur requête, dit cet auteur, étant ordinairement obtenues en l'absence des parties, elles ne sauraient être portées *de plano* devant les juges supérieurs, il faut d'abord se pourvoir contre elles par opposition ». Suit l'énumération des ordonnances que Bioche donne comme étant susceptibles d'opposition.

1. *Diction. de pr. civile et com.* V. ord. du juge p. 263 et suiv.

« Mais il y a certaines ordonnances qui doivent être considérées comme émanées du pouvoir discrétionnaire du juge, et que l'on ne saurait par conséquent attaquer ni par la voie de l'opposition, ni par la voie de l'appel : le pouvoir conféré par la loi au magistrat de rendre ces ordonnances est fondé sur l'urgence ou sur la nécessité de mesures conservatoires, dont le retard serait évidemment préjudiciable, et dont les inconvénients, moindres d'ailleurs que ceux qui résulteraient de l'omission des mesures conservatoires, peuvent être réparés. »

Aucun texte de loi n'autorise le président à user de ce pouvoir discrétionnaire que Bioche et d'autres auteurs estimables attribuent à ce magistrat en matière d'ordonnances sur requête.

Le pouvoir discrétionnaire ne peut résulter de la faculté dont dispose le président d'accorder ou de repousser la requête, car les tribunaux et les cours sont également libres de rejeter une demande si elle ne leur paraît ni équitable ni juridique.

On pourrait dire que les jugements et arrêts sont attaquables tandis que les ordonnances sur requête, du moins celles que l'on dit émaner du pouvoir souverain du président, sont irréfragables. C'est résoudre la question par la question et nous verrons plus loin que la doctrine et la

jurisprudence ont multiplié les moyens directs ou indirects de faire rétracter les ordonnances sur requête.

De Belleyme (1) émet aussi l'opinion que les ordonnances sur requête ne sont pas susceptibles de recours, parce qu'elles émanent du pouvoir discrétionnaire et souverain du juge.

« La langue du droit, ajoute-t-il, pour être correcte, doit exprimer toutes les nuances importantes ; l'exactitude dans les mots amène et produit l'exactitude dans les choses. J'appellerai donc la juridiction du président du tribunal statuant sur requête la juridiction discrétionnaire (sauf de rares exceptions qui confirment la règle), d'accorder ou de refuser ce qui lui est demandé (2).... Le Président a fait acte de *juridiction discrétionnaire*, il avait la faculté d'accorder ou de refuser la mesure sollicitée..., il a accordé purement et simplement l'autorisation demandée. A partir de ce moment, le magistrat est dessaisi, et ses pouvoirs *discrétionnaires* sont épuisés (3).... Le pouvoir du président du tribunal rendant des ordonnances sur requête est un pouvoir *discrétionnaire* qui lui permet, suivant les inspirations de sa conscience,

1. T. I, p. 6.
2. T. I, p. 13.
3. T. I. p. 22.

d'accorder ou de refuser des mesures conservatoires (1) ».

Chauveau (2) considère l'ordonnance du président comme irréfragable. « Il est facile de distinguer, dit-il, dans le code de procédure civile, la part que le législateur a faite à la juridiction contentieuse et à la juridiction gracieuse.

« Nous appelons juridiction contentieuse celle qui a pour mission de décider entre les prétentions rivales de deux parties que la loi met en présence.

« Juridiction gracieuse, celle qui prononce sur les demandes d'une partie que la loi autorise à se présenter seule, sans appeler l'adversaire, qui pourrait avoir quelque intérêt à le contredire.

« Dans le premier cas, il y a procès, et la loi reconnaît trois personnes, le demandeur, le défendeur, le juge; dans le second, il n'y a que requête, et la loi ne reconnaît qu'un solliciteur, d'une part, de l'autre un pouvoir qui accorde ou refuse.

« Dans le premier cas, l'opposition appartient à la partie qui n'est pas défendue, parce que la loi l'appelait à se défendre, en ordonnant qu'elle fût assignée, dans le second, ce recours serait en

1. De Belleyme. T. I, p. 36.
2. Chauveau sur Carré, T. I, p. 465.

contradiction avec l'esprit de la loi, puisque donnant au demandeur la voie de la requête et le dispensant d'appeler son adversaire, elle déclarait suffisamment ne pas vouloir que celui-ci vînt se défendre. »

Ainsi Chauveau fait dériver du caractère gracieux de l'ordonnance sur requête l'irréfragabilité de la décision du président. Nous combattrons plus loin cette interprétation.

M. Garsonnet attribue également au président un pouvoir discrétionnaire.

« On hésite encore à l'heure actuelle, dit-il, (1) sur le point de savoir si les ordonnances sur requête appartiennent à la juridiction gracieuse ou à la juridiction contentieuse. S'il fallait prendre un parti, je préfèrerais, une troisième solution, qui consiste à voir dans cette attribution du président l'exercice d'une sorte de pouvoir discrétionnaire.

«Mais, quel que soit son caractère en théorie pure, cette juridiction suit certainement les règles de la procédure gracieuse au seul point de vue qui offre un intérêt pratique, celui des voies de recours dont les ordonnances sur requête sont susceptibles : rendues en l'absence de la partie contre laquelle elles sont prises, elles ne

1. Garsonnet. *Traité théorique et prat. de proc.*, T. 7, p. 250.

peuvent être l'objet des recours ouverts aux parties contre les jugements qui devaient être rendus en leur présence ».

M. Bertin (1) soutient que, lorsque le président statue sur requête, il procède à un acte d'administration judiciaire ; que son acte appartient alors au domaine de la juridiction gracieuse ; *il permet, il autorise ; il ne peut jamais* ordonner quoique ce soit. Que son autorisation n'est pas et ne peut être suivie de la formule exécutoire. La qualification *d'ordonnance*, appliquée aux autorisations *délivrées* sur requête est donc, d'après cet auteur, inexacte,

Ainsi Bertin attribue au président un pouvoir discrétionnaire parce qu'il ferait acte d'administration et non acte de juridiction.

Comme on le verra au chapitre V, qui traite des effets des ordonnances sur requête, le mot ordonnance s'applique bien aux décisions des présidents prises sur requêtes et ces décisions s'exécutent par les mêmes voies que les ordonnances de référé et les jugements.

M. Bertin n'était pas le seul inventeur de la nouvelle expression par laquelle il prétendait désigner les pouvoirs du président en matière d'ordonnances sur requête. M. de Peyramont,

1. Bertin, T. 1 p. 8 et suiv.

conseiller à la Cour de Cassation, dans un rapport présenté sur l'affaire Gibiat (S. 68. 1. 73) employait des termes analogues.

Nous dirons avec M. Bazot, dont nous allons d'ailleurs faire connaître l'opinion, que « le savant rapporteur s'est trompé en qualifiant les ordonnances sur requête d'actes de protection, d'administration, de police. La première de ces expressions doit en effet être rejetée comme peu caractéristique, tous les pouvoirs judiciaires étant en effet organisés pour protéger les justiciables.

Quant aux deux autres, ils conviennent mal à l'œuvre d'un magistrat-juge ».

M. Bertin, conséquent avec le principe qu'il pose, à savoir que le président fait acte d'administration en matière d'ordonnances sur requête, ne manque jamais une occasion d'affirmer que le président jouit d'un pouvoir discrétionnaire dans cette matière.

Il est incontestable, d'après cet auteur (1), que le juge, procédant à un acte de juridiction contentieuse, doit donner des motifs à l'appui de sa sentence ; mais il en est autrement lorsqu'il s'agit d'un acte d'administration judiciaire, qui ne peut donner lieu aux recours de l'opposition et de l'appel.

1. T. I, p. 28.

L'acte d'administration est alors exercé discrétionnairement, souverainement; celui duquel il émane n'a pas à rendre compte des motifs qui ont déterminé sa résolution. »

Il fait remarquer que dans sa première édition, il a dit que l'autorisation donnée sur requête par le président du tribunal, constituait un acte d'administration ou de tutelle judiciaire, régie par les principes de la juridiction gracieuse.

M. Bertin ajoute que M. Cazalens, dans le recueil d'arrêts de Dalloz, 2e partie, p. 73, 105 et 137, année 1875, a soutenu qu'en matière d'autorisation sur requête, la nature de la demande déterminait le caractère de l'autorisation qui était gracieuse ou contentieuse, selon que l'acte autorisé pouvait ou non porter préjudice aux tiers ; si ceux-ci sont lésés par la mesure autorisée ils ont le droit de porter leur opposition à l'ordonnance devant le président qui l'a rendue ; ce droit d'opposition existerait notamment en cas de saisies et d'envoi en possession autorisés par le président du tribunal.

M. Bertin dit que le système nouveau, suivant lequel les autorisations données par requête doivent être classées en deux catégories différentes, les unes non préjudiciables et appartenant

1. T. 1. p. 33.

dès lors à la juridiction gracieuse, les autres régies par les principes de la juridiction *contentieuse*, parce qu'elles sont préjudiciables, a pour conséquence d'attribuer *toutes les autorisations* données sur requête à la juridiction contentieuse, parce que *toutes* sont ou peuvent être préjudiciables à des tiers.

Selon M. Bertin le caractère préjudiciable de la mesure ne peut avoir aucune influence sur la détermination de *la nature de l'acte* qui autorise cette mesure, c'est le moyen, le procédé à l'aide duquel cet acte est obtenu, qui en précise *la nature*. Si l'intervention du magistrat est sollicitée par requête, en l'absence et à l'insu du contradicteur, l'autorisation qui intervient dans de telles circonstances n'est et ne peut être qu'un acte de tutelle ou d'administration judiciaire du domaine de la juridiction gracieuse.

Si le demandeur a procédé par assignation à comparaître devant le juge qui statue, après un débat provoqué par la mise en demeure du demandeur, la décision qui intervient est nécessairement contentieuse.

Nous expliquerons plus loin, dans la *discussion*, les raisons qui nous font soutenir que les ordonnances sur requête des présidents doi-

vent toujours être classées dans les actes de la juridiction contentieuse.

Comme Bertin nous dirons, en appliquant son procédé à notre système, que c'est non le caractère préjudiciable de la mesure qui doit avoir une influence sur la nature de l'acte qui l'autorise, mais que c'est le moyen à l'aide duquel l'acte est obtenu qui en précise la nature.

« Si l'autorisation donnée sur requête par le président du tribunal, dit encore Bertin (1), appartient, par *sa nature*, à la juridiction gracieuse, la conséquence nécessaire de cette classification est que cette autorisation ne peut être attaquée par les voies de recours ouvertes seulement contre les actes de la juridiction contentieuse.

« L'impossibilité pour celui dont les intérêts ont été lésés d'attaquer par opposition ou par appel l'acte de la juridiction gracieuse, n'a pas pour conséquence de lui interdire la défense de ses droits ; si *l'autorisation* sur requête est inattaquable à raison de sa nature, la mesure *administrativement* autorisée, et qui n'a pas pour soutien la chose jugée même provisoirement peut être déférée à l'appréciation

1. T. I. p. 34.

du tribunal, et en cas d'urgence, au juge des référés (1).

Voyons maintenant quelle est l'opinion de M. Bazot sur la nature des ordonnances sur requête.

M. Bazot se demande d'abord si le président statuant sur requête remplit un office juridictionnel. Il se reporte à la division ancienne et dit que la juridiction est *volontaire ou gracieuse et contentieuse.*

« Tous les jurisconsultes, dit-il, s'attachant aux traits principaux de cette distinction, ont accrédité dans la langue du droit certaines propositions qui sont devenues autant de brocards. C'est ainsi qu'on dit couramment que la juridiction volontaire ou gracieuse a lieu *inter volentes*; qu'elle est *magis imperii quam juridictionis*; que la juridiction contentieuse, au contraire, a lieu *inter nolentes*, qu'elle est *magis juridictionis quam imperii.*

« Si claires que puissent paraître ces idées doctrinales, il n'est peut-être pas inutile de les préciser encore par quelques exemples.

« Le véritable type de la juridiction volontaire se rencontre dans l'attribution faite aux

1. Nous ferons connaître au chapitre relatif aux ordonnances sur requête notre sentiment sur les deux moyens de rétractation que propose Bertin.

chambres du conseil d'une certaine catégorie d'affaires. S'agit-il de sauvegarder les intérêts des incapables, d'habiliter ceux-ci à passer certains actes, de pourvoir à l'administration provisoire de leurs biens, d'en autoriser, à leur demande, la vente, l'échange ou l'hypothèque, il n'y a là nul différend à trancher entre des prétentions rivales ou opposées, mais seulement une œuvre de surveillance et de protection à accomplir. Ce sont autant d'actes qui appartiennent à la juridiction volontaire, actes de tutelle judiciaire.

« S'agit-il au contraire de la revendication d'un droit qu'une partie invoque et qu'une autre conteste, il s'élève alors un conflit et, après que l'un des prétendants aura appelé son adversaire devant le juge, ce sera un procès. Le tribunal, après avoir entendu les raisons de chacun, ordonné au besoin les vérifications nécessaires, prononcera, conformément à la loi, un jugement qui consacrera définitivement la revendication de l'un ou la résistance de l'autre. Tel est le domaine ordinaire de la juridiction contentieuse. »

Nous examinerons bientôt si ce *criterium* de la juridiction gracieuse et de la juridiction contentieuse n'est pas exempt de critiques.

M. Bazot constate que tout le monde est d'ac-

cord sur un point : les ordonnances sur requête n'appartiennent pas à la juridiction contentieuse parce qu'elles sont rendues à la sollicitation d'une seule personne, sans contradiction ni débat et qu'elles manquent ainsi de la condition essentielle qui constitue la juridiction contentieuse.

Mais M. Bazot, à la différence de certains auteurs, qui concluent que les ordonnances sur requête ne faisant pas partie de la juridiction contentieuse doivent entrer dans la juridiction volontaire ou gracieuse, M. Bazot reconnaît que l'on ne sait encore avec son *criterium* ce que sont réellement ces ordonnances.

« Cette conclusion, dit-il, si elle était admise sans autre tempérament, conduirait à de graves erreurs ; et d'abord elle produirait une première confusion que je signale tout de suite.

« Les décisions de la chambre du conseil appartenant incontestablement à la juridiction gracieuse, on serait amené à leur assimiler les ordonnances sur requête. Or, cependant, il y a entre ces deux ordres de décisions, plus que des nuances, des différences profondes et substantielles. S'il en est ainsi, la classification généralement admise est vicieuse, et une sous-distinction, tout au moins, sera nécessaire ».

M. Bazot fait une comparaison rapide entre

les décisions de la chambre du conseil et les ordonnances sur requête, et indique les caractères des unes et des autres. Il fait observer que la compétence de la chambre du conseil est restreinte à des cas bien déterminés ; qu'elle est peu étendue ; que ses décisions sont rendues à la demande d'une seule personne ou de plusieurs d'accord entre elles ; qu'elles ne sont pas précédées d'un débat contradictoire et qu'on n'entrevoit pas le conflit possible d'intérêts opposés ; qu'elles ne portent pas atteinte aux droits des tiers ; qu'elles nécessitent une certaine procédure ; que les chambres du conseil n'ont pas la faculté discrétionnaire d'accorder ou de refuser l'autorisation demandée et qu'en cas de refus, la partie peut toujours porter la même requête devant une juridiction supérieure.

M. Bazot ajoute qu'aucune des conditions qu'il indique ne se retrouve dans les ordonnances sur requête ; que loin de là, à part quelques similitudes accidentées ou secondaires, elles se caractérisent par autant de conditions contraires. La procédure n'est pas la même ; le président statue seul, au vu de la requête qui lui est présentée.

Il n'attache aucune importance à cette particularité, parce qu'il n'y a là pour lui qu'une

différence de forme, mais il signale comme étant très importante la compétence *universelle*, que nous avons contestée, des présidents en matière d'ordonnances sur requête et il fait observer qu'à la différence des décisions de la chambre du conseil, les mesures autorisées par ordonnances sur requête appellent et provoquent presque toujours la contradiction de la part d'un défendeur intéressé à les contester.

M. Bazot en conclut qu'une même dénomination ne peut embrasser des institutions si différentes et il estime qu'il faut trouver une autre appellation pour éviter toute confusion.

Il critique, nous le savons, l'expression d'acte d'administration appliquée aux ordonnances sur requête (1).

« Lorsque le président du tribunal, ajoute-t-il (2), rend une ordonnance sur requête, encore bien qu'il n'ait été appelé ni à trancher une contestation, ni à habiliter un incapable, c'est à une œuvre de justice qu'il procède, non à un acte d'administration ; se décidant d'après les renseignements qu'il possède, apprenant ce que commandent les circonstances, provoquant les conséquences de la mesure qu'il autorise, réservant soigneusement le droit des tiers, y veil-

1. V. p. 40.
2. P. 11.

lant même en leur absence, prenant alors la règle de sa conduite dans la loi, il fera et devra toujours faire ce qui est le plus juste.

« De pareilles préoccupations attestent essentiellement l'exercice d'une juridiction. Il n'est pas nécessaire que le juge dise droit entre deux parties pour que son pouvoir ait le caractère juridictionnel : la preuve en est dans la juridiction volontaire, admise de tout temps, où le juge, *sans dire droit,* non plus entre deux parties rivales, se borne à une mesure tutélaire pour des intérêts qui lui sont spécialement confiés ».

D'après M. Bazot, quand le juge dit droit entre parties, c'est la juridiction contentieuse qu'il exerce et tel n'est pas le caractère du pouvoir présidentiel quand il rend des ordonnances sur requête. L'éminent auteur se pose alors la question suivante : « Le président du tribunal répondant aux requêtes fait-il acte d'administration ou de juridiction ? »

Et il répond en ces termes (1) :

« Eh bien ! remarquons en premier lieu que le président du tribunal n'agit pas, quand il statue sur requête, avec la spontanéité et la liberté d'un administrateur. Sa compétence,

1. P. 12.

bien que très étendue, est soumise à des conditions que ni lui, ciaſ ni lesblusties ne peuvent enfreindre ; il n'est pas permis de s'adresser à tout président, pour toute espèce de demande ; une loi précise est encore la règle de l'intervention de ce magistrat.

« C'est le législateur lui-même qui a pris soin, avec l'autorité qui lui est propre, de caractériser le pouvoir présidentiel : l'art. 506 du code de procédure civile déclare qu'il y a *déni de justice* dans le fait du juge qui refuse de répondre les requêtes qui lui sont présentées. Je ne sache pas qu'une pareille responsabilité s'attache jamais au refus d'un administrateur.

« Cette discussion n'est pas oiseuse. Toute question de terminologie est importante, et voici, pour celle qui nous occupe, l'une de ses conséquences pratiques.

« Si les ordonnances sur requête ne sont que des actes d'administration, elles pourront être librement retractées à la demande de tout intéressé, même *proprio motu ;* l'administrateur pourra faire et défaire, non pas sans doute capricieusement, mais suivant les circonstances et les inspirations variables de sa conscience; il ne sera jamais dessaisi, et administrant toujours, il pourra retirer les autorisations qu'il avait accordées ».

M. Bazot signale que la doctrine et la jurisprudence, antérieurement à l'édition de son ouvrage ou à une époque contemporaine, décident assez généralement que le président, après avoir rendu une ordonnance sur requête sans réserves, a épuisé ses pouvoirs, qu'il est dessaisi et que la mesure accordée est, pour celui qui l'a obtenue, un bénéfice provisoire qu'il ne saurait perdre que par décision d'une autre juridiction.

M. Bazot déclare donc que cet effet spécial d'un acte judiciaire persistant appelle au plus haut point l'intervention d'un pouvoir judiciaire.

Et pour conclure : « Les pouvoirs conférés au président du tribunal, chargé de répondre les requêtes, n'appartiennent pas à la juridiction contentieuse ; mais ils constituent encore une *juridiction*. Cette juridiction particulière se distingue par des caractères qui lui sont propres et qui la séparent de la juridiction volontaire. La langue du droit, pour être correcte, doit exprimer toutes ces nuances importantes : l'exactitude dans les mots amène l'exactitude dans les choses. J'appellerai donc la juridiction du président du tribunal statuant sur requête la *juridiction discrétionnaire*.

« Le magistrat qui en est investi a, en effet, le pouvoir discrétionnaire d'accorder ou de refu-

ser ce qui lui est demandé ; quand il s'est prononcé, le justiciable ne peut insister en présentant la même requête à une juridiction supérieure. Lorsque la mesure sollicitée a été accordée sans réserves, elle ne saurait être retirée en vertu du pouvoir qui l'a autorisée: il se peut qu'elle nuise aux intérêts des tiers, mais comme elle a un caractère provisoire et purement conservatoire, d'autres juridictions, agissant dans l'ordre de leurs compétences, viendront au secours de l'intérêt menacé, s'il est légitime »,

C'est le système du recours contre les ordonnances sur requête par voie d'action principale, système que nous combattrons plus loin parce qu'il est incompatible avec l'opinion que nous avons adoptée et qui sera développée au moment de *la discussion*.

M. Bonjean refuse toute assimilation de la juridiction volontaire des Romains à celle du président statuant sur requête.

« C'est commettre, dit-il (1), une erreur historique des plus graves et qui devait nécessairement conduire aux déductions les plus erronées, et par suite des plus contradictoires, la vérité ayant seule le privilège d'être une, tandis que l'erreur est multiple.

1. T. I, p. 124 et suiv.

« Les divergences s'accentuèrent lorsque, par suite de l'ignorance où les commentateurs semblaient être restés des véritables caractères de la juridiction volontaire d'autrefois, ils ont successivement considéré cette épithète traditionnelle comme équivalent à celle de *gracieuse*, qui ne convient jamais à l'action judiciaire, puis à celle de *discrétionnaire*, qui est la négation même de ce qu'on entendait par juridiction volontaire.

« Le mot volontaire, ajoute M. Bonjean en « citant un passage du *Traité des actions* pu- « blié en 1845 par le président Bonjean (T. I, « p. 59), n'indique pas que le magistrat est li- « bre d'accorder ou de refuser son concours ; « mais bien qu'il exerce son autorité *inter* « *volentes*, c'est-à-dire entre personnes qui « viennent spontanément réclamer son inter- « vention. Dans la juridiction volontaire, le « magistrat n'a point à donner gain de cause à « l'un, en condamnant l'autre, car il *ne statue* « *pas sur une contestation*, il sanctionne, il « ratifie, il consacre ; il ne tranche rien, *il ne* « *décide rien*.

« L'affranchissement des esclaves, l'émanci- « pation, l'adoption, *la cessio in jure*, *la mis-* « *sio in possessionem bonorum*, la nomina- « tion des tuteurs et curateurs et, dans le nou-

« veau droit, l'insinuation des donations, sont « des actes de juridiction volontaire ».

M. Bonjean constate que la confusion est venue de l'erreur qui a fait considérer que l'épithète de volontaire concernait, non les parties, mais le *magistrat*, qui aurait été libre de statuer à sa guise. On en est venu ainsi à considérer comme synonymes de volontaire, les mots gracieux, discrétionnaire (1).

M. Bonjean recherche encore si l'on peut ailleurs que dans le droit romain trouver la base de l'organisation d'une juridiction aussi arbitraire et exceptionnelle et il n'en trouve trace nulle part, ni dans la procédure antérieure à la Révolution française, ni dans le code de procédure civile.

L'auteur déclare « que les pouvoirs du président statuant sur requête n'appartenant pas à cette chimérique juridiction *volontaire gracieuse et discrétionnaire*, constituent *a contrario* l'un des pouvoirs simplifiés de la juridiction contentieuse, les ordonnances dont s'agit impliquant toujours une contradiction à l'état latent.

1. T. I, p. 108 et suiv.

Section II

Quelques décisions attribuant un caractère gracieux aux ordonnances sur requête.

Dijon 14 novembre 1890, D. P. 92.2.49.

« Attendu, en droit, qu'il est de principe que les ordonnances sur requête ne sont pas susceptibles d'appel. Qu'en effet, le droit d'appel n'existe qu'à l'encontre des décisions judiciaires ayant un véritable caractère contentieux, mais non à l'égard des actes accomplis par le juge, en vertu d'une délégation spéciale, comme représentant la puissance publique, actes laissés à la *discrétion* du juge et accomplis à la requête d'une seule partie, sans que les parties ayant un intérêt contraire à celui du requérant aient été appelées et aient pu se défendre ou contester ; qu'alors le juge fait simple acte d'administration et non pas acte de juridiction contentieuse ».

Voilà un principe général hardiment posé.

Voyons maintenant l'espèce particulière à laquelle l'arrêt s'applique.

« Attendu que cette règle s'applique spécialement, d'après le texte et l'esprit de la loi, à l'ordonnance sur requête prévue par l'article

1008 Code civil et par laquelle le président statue en dehors de l'intervention des héritiers du sang, sur la demande d'envoi en possession faite par un requérant se disant légataire universel et invoquant à son profit un testament olographe ou mystique. Attendu qu'alors la mission du magistrat est avant tout d'assurer, s'il y a lieu, au testament olographe ou mystique la forme exécutoire qui lui manque, et que, pour apprécier s'il y a lieu d'ordonner la mesure sollicitée, le rôle du magistrat se borne à des vérifications sommaires et matérielles, sans qu'il soit rendu de décision judiciaire et sans que la solution adoptée puisse préjudicier définitivement aux droits des parties intéressées, alors, bien entendu, que tout s'est passé sans qu'il y ait eu débat ou contradiction, et sans que le légataire se soit trouvé en face des héritiers du sang, qu'il n'était tenu ni d'appeler, ni même d'avertir. Qu'ainsi, en pareil cas, il s'agit bien d'un simple acte d'administration ou de juridiction purement *gracieuse et discrétionnaire*, confié par la loi aux seules lumières et à la seule prudence du magistrat.

« Attendu que si le refus du président d'ordonner l'envoi en possession peut léser momentanément l'intérêt du légataire, cet inconvénient n'est que passager, puisque les droits mêmes de

ce légataire ne sont pas définitivement compromis et puisque le requérant peut atténuer ce refus en provoquant des mesures conservatoires et en formant au besoin une action devant les tribunaux.

« Attendu en fait que, dans l'espèce actuelle, les héritiers du sieur François Bichet, dit Bichet-Moreau, n'ont pas comparu et n'ont pas été appelés devant M. le président du tribunal civil de Charolles et que l'ordonnance entreprise a été rendue sur requête, en dehors de toute contestation et de tout débat contradictoire, d'où la conséquence que le principe rappelé plus haut doit trouver ici son application et faire rejeter l'appel par fin de non-recevoir. Par ces motifs, déclare l'appel non-recevable ».

M. E. Glasson, dans la note placée sous cette décision, adopte le principe posé en tête de l'arrêt. « D'après une opinion qui paraît aujourd'hui l'emporter dans la jurisprudence, (1) cette ordonnance est toujours, en principe, de juridiction gracieuse. C'est, en effet, la solution à laquelle on s'arrête généralement aujourd'hui pour toutes les ordonnances sur requête, notamment pour celles qui sont rendues en matière

1. Nous verrons que la jurisprudence de la cour de cassation, déjà suivie par certaines cours d'appel, n'adopte plus cette opinion.

de saisie et on ne voit pas quelles sont les raisons qui permettent de s'en écarter dans le cas de l'art. 1008. Toutes les fois qu'une partie s'adresse à un magistrat ou à un tribunal par voie de requête, sans appeler en cause aucune personne, elle met en mouvement la juridiction gracieuse ; il ne peut pas être question de juridiction contentieuse car celle-ci suppose une contestation, et une contestation suppose au moins deux adversaires. En répondant à la requête, le magistrat ne juge donc rien, et si sa décision n'a pas autorité de chose jugée, il est tout naturel qu'elle ne soit susceptible d'aucune voie de recours. Il peut sans doute arriver qu'elle lèse une personne ; mais celle-ci a toujours le moyen de se mettre rapidement à l'abri du préjudice et de faire triompher son droit.

« Ainsi, l'ordonnance d'envoi en possession rendue au profit du légataire universel ne retire pas aux héritiers de sang le droit de demander la nullité du testament. En sens inverse, l'ordonnance qui a rejeté la requête n'empêche pas le légataire de s'adresser au tribunal, soit pour demander la délivrance, par la raison qu'il n'a pas une saisine complète, soit pour demander la pétition d'hérédité contre les héritiers du sang mis en possession de la succession. De ce qui précède, il résulte qu'on ne doit pas autoriser

le légataire à interjeter appel de l'ordonnance qui a repoussé sa requête, de même qu'on ne doit pas admettre l'opposition qui serait faite par les héritiers du sang à l'ordonnance rendue au profit du légataire, d'autant plus que ces héritiers du sang, n'ayant pas été appelés en cause, ne peuvent pas être considérés comme défaillants ».

Dans une note placée sous un arrêt de la Cour de Nancy du 20 décembre 1892, (D. P. 93, 2, 9), arrêt qui admet que les ordonnances sur requête peuvent avoir un caractère contentieux, mais ne sont pas susceptibles d'être rétractées par la voie de l'opposition, M. Cohendy exprime la même opinion que M. Glasson.

« Nous estimons comme M. Glasson, que l'ordonnance dont il s'agit est un acte de juridiction gracieuse, puisqu'elle est rendue sur requête, et qu'ainsi la partie adverse n'a pas été appelée à se défendre? Et cet acte de juridiction gracieuse ne peut être attaqué par aucune voie de recours ; il n'est pas susceptible d'appel, puisqu'il n'a pas été rendu contradictoirement ; il n'est pas davantage susceptible d'opposition puisqu'il n'a pas été rendu par défaut ».

Paris, 25 mars 1892, D. P. 92, 2, 245.

« Statuant sur la demande de Trusey, à fin d'envoi en possession de la succession de Charles Vial : Considérant que la décision par laquelle

le président du tribunal civil, statuant sur une demande d'envoi en possession, dans les termes de l'article 1008 du code civil, est un acte de juridiction gracieuse, non susceptible dès lors, d'être réformée par voie de recours devant la Cour d'appel, etc...

Paris, 15 janvier 1894. *Pandectes françaises*. Recueil, 94. 2. 116.

« Statuant sur l'appel interjeté par la veuve Corgeron, de l'ordonnance de référé rendue par M. le Président du tribunal civil de Joigny le 22 décembre 1892. Considérant que l'ordonnance en date du 11 août 1892, par laquelle le président du tribunal civil de Joigny a, conformément aux dispositions de l'article 1008 du code civil, envoyé la veuve Corgeron en possession du legs universel à elle fait aux termes du testament olographe de Corgeron, son mari, en date du 10 juillet 1895, est un acte de la juridiction gracieuse qui, par sa nature, n'est pas susceptible d'opposition. Considérant que c'est à tort que, par l'ordonnance de référé dont est appel, le président du tribunal de Joigny a déclaré recevable l'opposition formée par la veuve Huchard à l'ordonnance d'envoi en possession. Considérant, à la vérité, que si le président du tribunal civil, statuant en référé, a compétence et qualité pour ordonner, à la demande des hé-

ritiers du sang, toute mesure urgente et provisoire destinée à assurer la conservation et la bonne administration de la succession devenue litigieuse, telle que la nomination d'un séquestre ou d'un administrateur provisoire, ses pouvoirs ne vont pas jusqu'à lui permettre de porter atteinte à l'envoi en possession lui-même en le rétractant, ou, ce qui revient au même, en en suspendant provisoirement les effets, jusqu'à ce qu'il soit statué définitivement par le juge du fond sur la validité du testament attaqué ».

Décisions attribuant un caractère contentieux aux ordonnances sur requête.

Paris, 17 août 1872, 4e espèce. D. P. 75. 2. 76.

« Considérant que les ordonnances rendues par les présidents des tribunaux de première instance sont susceptibles d'être réformées par les juges supérieurs, et que cette règle, posée par la jurisprudence, doit recevoir son application, non seulement pour celles qui interviennent en référé, mais aussi pour celles qui ont été rendues sans contradiction... »

Le principe est admis. Les ordonnances sur requête peuvent être frappées de recours. Nous verrons qu'un arrêt très important de la cour de cassation, rendu le 3 avril 1895 autorise l'op-

position comme première voie de recours.

Dans une note placée sous l'arrêt du 17 août 1872, M. Cazalens émet l'avis suivant : « Lors donc que l'on demande s'il existe un recours contre les ordonnances sur requête, on entend parler d'un recours direct, qui permette, en faisant rétracter ou réformer l'ordonnance, de prévenir ou d'arrêter les effets de la mesure autorisée... Le commentateur rappelle « qu'un recours par la voie gracieuse est ouvert au tiers intéressé, devant le juge qui a rendu l'ordonnance, alors du moins que, conformément à un usage admis à Paris et dans un grand nombre de ressorts, l'ordonnance contient une disposition portant qu'il en sera référé en cas de difficultés. »

Nous contesterons plus loin la légalité de cette réserve.

M. Cazalens ajoute : « Un dernier point, qu'il importe de signaler, c'est que les ordonnances sur requête sont susceptibles de recours, d'un recours proprement dit par la voie contentieuse, toutes les fois qu'elles sont entachées d'un excès de pouvoir : Que le président du tribunal civil refuse une autorisation que la loi lui enjoint d'accorder ; qu'il empiète sur les pouvoirs du président du tribunal de commerce ou du juge de paix et statuant sur des matières réservées à

ce magistrat, ou sur la compétence du tribunal en prescrivant des mesures définitives ; dans ce cas et d'autres semblables il est clair qu'il ne saurait dénier à la partie lésée par l'ordonnance le droit d'en réclamer l'annulation.

«... Ces précisions une fois faites, on voit que la question se pose dans les termes suivants : « Les ordonnances sur requête peuvent-elles être l'objet d'un recours direct par la voie contentieuse de la part de celui qui, tout en reconnaissant que le juge est resté dans la limite de ses pouvoirs, prétend qu'il a inexactement apprécié son droit ou ses intérêts ? »

M. Cazalens distingue deux catégories d'ordonnances : « les unes, qui n'impliquent l'appréciation et la reconnaissance, même provisoire, d'aucun droit sujet à contestation ne peuvent, par leur nature et leurs effets, causer aucun préjudice : (les ordonnances qui fixent le jour d'ouverture d'une enquête....) ; les autres, en bien plus grand nombre, qui ont à apprécier le droit prétendu par le requérant pour savoir s'il convient d'en refuser ou d'en autoriser l'exercice, et qui peuvent être la cause d'un préjudice souvent très grave, soit pour le requérant en cas de refus, soit pour le tiers intéressé en cas d'autorisation (ex : les ordonnances qui permettent une saisie-arrêt, c. pr.

art. 558, une saisie-conservataire, art. 417..... qui envoient ou refusent d'envoyer en possession un légataire universel.....) En ce qui touche les premières, pas de difficultés. L'intérêt étant la base des actions, il ne saurait y avoir de recours contre des décisions dont l'exécution ne peut causer aucun préjudice. En ce qui touche au contraire les secondes, la nécessité d'un recours se justifie par cette raison de droit et d'équité, à savoir qu'une partie peut toujours attaquer une décision à laquelle elle n'a pas été mise à même de défendre ».

M. Cazalens cite fort à propos le passage d'un rapport présenté à la chambre des requêtes par M. le Conseiller de Peyramont, sur un pourvoi rejeté par arrêt de la chambre civile du 26 novembre 1867 (D. P. 67. 1. 473).

« Ces mesures protectrices pour celui qui les requiert peuvent et doivent être le plus souvent gravement préjudiciables pour celui qui les subit sans avoir pu s'en défendre. Elles viennent l'atteindre et le surprendre sans qu'il ait été averti, sans qu'il ait pu présenter au magistrat qui les autorise les raisons de fait ou de droit par lesquelles il aurait pu chercher à s'en défendre. La religion du magistrat peut être trompée malgré sa vigilance fortement éveillée par le sentiment de la responsabilité qui lui incombe.

« Il faut donc que celui qui est ainsi brusquement et par surprise atteint dans ses intérêts, dans son crédit, quelquefois dans ses plus vifs sentiments domestiques, puisse trouver un recours devant la justice contre l'erreur dont il peut être victime, et présenter, après l'émission de l'ordonnance, la défense qu'il n'a pu produire avant qu'elle fût rendue. Par cela même que la loi autorise, dans cette forme plus que sommaire, des mesures d'un caractère aussi acerbe et susceptibles de causer un si grave préjudice, il faut tenir pour certain qu'elle ouvre à la partie dont elle a voulu rendre impossible la défense préalable un recours aussi prompt qu'efficace.

Cassation civile 3 avril 1895. D. P. 96. 1. 5. S. 95. 1. 221. P. chr. 96. 1. 344.

« Sur le moyen unique du pourvoi. Vu l'art. 1008 C. civ. Attendu que l'envoi en possession ordonné dans les conditions prévues par les art. 1006 et 1008 du C. civ. peut avoir pour effet de compromettre les droits et les intérêts de l'héritier légitime ; que dès lors le recours doit appartenir à celui-ci contre la décision du juge qui a ordonné l'envoi, si aucune disposition de loi ne l'interdit ; que cette interdiction n'existe pas. Attendu que le recours doit être exercé d'après *les règles du droit commun* c'est-à dire

par une opposition portée devant *le magistrat qui a rendu l'ordonnance*, au cas où elle a été rendue en l'absence de l'héritier légitime, ou par appel devant la cour, quand cette ordonnance a été contradictoire. Attendu que l'arrêt attaqué, en déclarant, contrairement à ces principes, que l'ordonnance du président du tribunal de Joigny, en date du 11 août 1892, qui avait ordonné l'envoi en possession de la dame Corgeron était un acte de la juridiction gracieuse qui, par sa nature, n'était pas susceptible d'opposition, a violé la loi. Par ces motifs, casse ».

Cet arrêt marque une étape très importante dans la marche hésitante de la jurisprudence et les cours d'appel ont commencé à suivre la voie que leur a tracée la cour de cassation. L'arrêt du 3 avril 1895 admet en principe, à défaut d'un texte le prohibant, un recours par voie d'opposition contre les ordonnances sur requête qui peuvent avoir pour effet de compromettre les droits d'une partie absente. Il n'est plus question d'un recours par la voie gracieuse, en vertu d'une réserve insérée dans l'ordonnance et permettant d'en référer en cas de difficultés. Les ordonnances de la nature de celle visée (qui peuvent compromettre les droits d'une partie) ont, selon l'arrêt de la cour suprême, un véritable caractère contentieux

Section III

Discussion.

Nous voulons essayer d'établir une théorie en la fondant sur des principes solides. Il n'est pas de moyen plus sûr pour arriver à ce but, car si l'on tente de s'écarter des règles fondamentales du droit, on risque de faire fausse route.

Les tribunaux et cours de l'ordre judiciaire sont composés de plusieurs juges, à l'exception des tribunaux de paix.

Il ne faut cependant pas en conclure que le président du tribunal civil statuant seul lorsqu'il rend des ordonnances sur requête, ses décisions n'ont pas la force exécutoire des mandements judiciaires ayant le caractère de jugement. Il est une règle constante, c'est que les jugements des tribunaux civils doivent être rendus par trois juges, dont le président. Mais il est des exceptions à cette règle et nous en avons la preuve évidente dans l'organisation des référés, dont le code de procédure civile s'occupe au titre treizième et qui sont rendus par le président seul. C'est là une véritable juridiction, puisque l'art. 809 prévoit l'appel dans les

cas où la loi l'autorise, c'est-à-dire dans les conditions déterminées pour l'appel des jugements rendus par le tribunal lui-même.

Bien que statuant sur des cas urgents et ne préjudiciant pas au principal, les ordonnances de référé n'en produisent pas moins des effets analogues à ceux des jugements, car elles sont susceptibles d'exécution dans les mêmes formes, et il a fallu un texte (art. 809 du C. de pr. c.) pour qu'elles puissent être déclarées inattaquables par la voie de l'opposition et exécutoires de plein droit nonobstant appel.

La juridiction des référés est évidemment contentieuse puisqu'elle décide par un véritable jugement entre deux parties en désaccord sur le provisoire (1).

L'ordonnance qui intervient s'exécute comme un jugement et par les mêmes voies. La terminologie choisie par le législateur pour désigner les décisions prises en référé est donc conforme au but qu'il s'est proposé d'atteindre en instituant cette juridiction. Le président *ordonne* l'application de mesures urgentes et sa décision, *son ordre* s'exécute avec l'emploi des moyens que la loi met à la disposition de quiconque veut exécuter une décision de justice.

Nous avons déjà vu que les ordonnances sur

1. Garsonnet. *Traité de proc.* T. 7, p. 294, n° 1469.

requête, comme les ordonnances de référé, sont rendues par le président du tribunal lorsqu'une mesure urgente et provisoire s'impose, mais que l'ordonnance sur requête diffère de l'ordonnance de référé en ce qu'elle est délivrée en l'absence de celui qu'elle vise.

Nous sommes sur ce point du même avis que Bazot. Le pouvoir du président statuant sur requête est un pouvoir juridictionnel. Comme lui nous dirons que le président du tribunal n'agit pas en cette matière avec le spontanéité et la liberté d'un administrateur ; que sa compétence est soumise à des conditions que le président et le justiciable ne peuvent enfreindre ; qu'il y a déni de justice quand le juge refuse de répondre les requêtes qui lui sont adressées, alors qu'une pareille sanction ne s'attache jamais au refus d'un administrateur et enfin que les ordonnances sur requête ne peuvent être, comme les actes d'administration, librement retractées à la demande d'un intéressé ni *proprio motu.*

Mais là où nous nous séparons de Bazot et des auteurs qui ont à ce sujet la même manière de voir, c'est quand il s'agit de décider si la juridiction du président en matière d'ordonnances sur requête est discrétionnaire ou contentieuse.

Dire que le président exerce dans cette matière une juridiction discrétionnaire, c'est soutenir que les ordonnances sur requête ne peuvent être attaquées directement par les voies ouvertes contre toute décision tranchant un différend et ayant un caractère contentieux.

M. Bazot en effet, reconnaissant, avec les auteurs qui attribuent à l'ordonnance sur requête un caractère discrétionnaire ou gracieux, que la mesure qu'elle prescrit peut froisser des intérêts légitimes et que la défense est un droit sacré et inviolable, n'autorise le tiers qui en souffre qu'à saisir une autre juridiction appelée à statuer provisoirement ou d'une façon définitive sur le différend quel'ordonnance fait naître.

Mais le recours direct contre l'ordonnance sur requête, loin d'être prohibé par la loi est au contraire implicitement autorisé par les textes. Les art. 697, 776 et 969 du code de procédure civile, qui défendent de se pourvoir contre les ordonnances sur requête dont ils s'occupent ne sous-entendent-ils pas que ces décisions du magistrat peuvent être directement frappées de recours? La loi le dit même expressément dans l'art. 417 qui a trait, il est vrai, à une ordonnance du président du tribunal de commerce mais qui n'en a pas moins toute son importance, car le président du tribunal de commerce

a dans l'espèce visée un pouvoir analogue à celui du président du tribunal civil. Cet article décide que le président du tribunal de commerce peut permettre d'assigner même à jour et à heure, et de saisir les effets mobiliers, et que son ordonnance est exécutoire nonobstant *opposition ou appel*.

Deux autres textes du code de procédure civile, les art. 845 et 948 indiquent que le législateur n'a jamais considéré les ordonnances sur requête comme des actes de juridiction discrétionnaire ou gracieuse. En effet, il résulte de l'art. 844 du code de procédure civile que la partie qui veut se faire délivrer une seconde grosse présente à cet effet requête au président. En cas de contestation, dit l'art. 845, les parties se *pourvoient* en référé. Aux termes des art. 945 et 946, il est procédé à la vente des meubles dépendant d'une succession sur la réquisition de l'une des parties intéressées, en vertu de l'ordonnance du président. Et l'art. 948 ajoute que s'il s'élève des difficultés, il pourra être *statué* provisoirement en référé par le président.

Il s'agit là de recours directs devant le magistrat ayant statué par défaut parce que les mesures sollicitées, pour être efficaces, devaient être ordonnées hors la présence de l'adversaire.

On le voit, la terminologie employée par cer-

tains auteurs, qui appellent la juridiction du président statuant sur requête juridiction volontaire, gracieuse, discrétionnaire, n'est consacrée par aucun texte ; au contraire les articles du code de procédure civile que nous avons visés impliquent que le président est investi dans cette matière d'un pouvoir de juridiction contentieuse.

La procédure de l'ancien droit permettrait-elle l'emploi de cette terminologie ?

M. Bonjean nous dit dans son *Traité des ordonnances sur requête et sur référé* et nous partageons son opinion sur ce point (1) :

« ... Où trouver la base de cette conception dangereuse d'une juridiction exceptionnelle, anormale, arbitraire, soustraite à l'opposition et à l'appel ?

« Dans le code de procédure civile ? Mais il n'en dit pas un mot, il n'y fait pas la moindre allusion, et on ne peut considérer un tel silence comme la preuve d'un organisme qui aurait constitué le contre-pied des principes essentiels de notre droit moderne.

« Dans la procédure antérieure à la Révolution française et notamment dans les prérogatives qui appartenaient au prévôt de Paris ou

1. 1er vol. p. 108 et 109.

au Lieutenant civil ? Mais le seul ouvrage complet que nous possédions sur la procédure au XVIII[e] siècle est celui si remarquablement écrit par Pigeau, ancien clerc de procureur, avocat au Parlement de Paris, je veux dire ses deux beaux volumes, imprimés en 1779, sur la procédure pratiquée au Châtelet de Paris. Or, je ne pense pas qu'on puisse une seule fois rencontrer les épithètes que je repousse. Par contre, j'y ai trouvé, à la page 499 du tome I, cette citation singulièrement catégorique.

« Comme on peut avoir à se plaindre de *tou-*
« *tes sortes* de jugements on peut *appeler de*
« *tous*. Ainsi, on peut appeler d'un jugement
« rendu par les tribunaux, d'un interlocutoire
« comme d'un définitif, d'un rendu par défaut
« comme d'un contradictoire, *d'une ordon-*
« *nance du juge rendue sur requête*, comme
« de celle qui l'est après avoir entendu les par-
« ties... »

« Ainsi sous le régime de la grande ordonnance de 1667, qui a si complètement inspiré le législateur de 1807, il existait une assimilation complète entre les jugements et les ordonnances, que celles-ci fussent rendues *sur requête* ou *sur référé*, c'est-à-dire parties entendues. Toujours le droit d'appel était ouvert. On voudrait aujourd'hui dénier toute voie de re-

cours contre les ordonnances sur requête du président, pourquoi : parce qu'elles appartiendraient à une prétendue juridiction *gracieuse, volontaire, discrétionnaire*, dont on ne trouve de révélation ni sous l'ancien régime, ni dans nos codes modernes. »

Les créateurs de ces expressions auraient-ils trouvé, remontant au droit romain, dans le rôle du préteur un système juridictionnel équivalent à celui qu'ils ont édifié et nommé (1)? D'aucuns prétendent trouver dans un texte de Marcien, rapporté au Digeste, un passage indiquant la distinction faite à Rome entre la *jurisdictio voluntaria* et la *jurisdictio contentiosa*, Voici ce texte :

Omnes proconsules statim quam Urbem egressi fuerint habent jurisdictionem, sed non contentiosam, sed voluntariam : ut ecce manumitti apud esse possunt tam liberi quam servi et adoptiones fieri. Apud legatum vero proconsules, nemo manumittere potest, quia non habet jurisdictionem talem (2).

Heineccius a tiré de ce texte la conclusion suivante :

1. Nous avons consulté avec profit la brillante dissertation de M. Edouard G. Faure sur la juridiction gracieuse. Thèse de doctorat Bordeaux. 1898.

2. Dig. I, 16, 2.

Jurisdictio recte dividetur in voluntariam quæ inter volentes et sine cognitione causæ exercetur, et contentiosam, quæ inter invitos et litigantes cum causæ cognitione exercetur (1).

Tous les auteurs anciens ont tiré la même conclusion que Heineccius et les auteurs modernes en ont déduit cette conséquence qu'il y avait à Rome deux sortes de juridictions, avec des règles spéciales et des effets différents.

« Est-il bien vrai que ce texte si court et unique en la matière veuille dire tant de choses et ne doit-on pas en donner une explication autre que celle que nous venons d'indiquer ?

« Quelle est d'abord cette *jurisdictio* dont parle Marcien ? Un texte d'Ulpien, qui fait suite à celui de Marcien vient heureusement nous le dire : *Nec (apud legatum) adoptare potest. Omnino enim non est apud eum legis actio* (D. I. 16. 5). Cette *talem jurisdictionem* est donc le pouvoir d'organiser « la *legis actio* » et cette affirmation est corroborée par un texte de Paul : « *Apud magistratus municipales si habant legis actionem, emancipari et manumitti potest* » (Paul, S. II, 25, 4) (2).

1. Heineccius, *Ad Pandect.* lib. II. *De jurid.*
2. Faure, Thèse p. 5.

Qu'est-ce donc que cette *jurisdictio voluntaria* dont parle le texte de Marcien ?

La *legis actio* est une procédure formaliste comportant l'emploi d'actes et de formes solennels requis à peine de nullité. Les paroles prononcées reproduisent les termes de la loi créant l'action. Cette procédure comporte la présence des parties et du magistrat (à l'exception de la *pignoris capio*), au jour et au lieu de ses audiences. Le défendeur peut prendre plusieurs partis ; l'exécuter ou contester la demande. Il peut s'exécuter en accordant à son adversaire ce qu'il demande, ou en faisant une *confessio in jure* expresse ou une *confessio in jure* tacite.

En cas de *confessio*, le magistrat adjuge au demandeur le bénéfice de ses conclusions.

Lorsque deux parties veulent faire consacrer leur accord par le magistrat, elles n'ont qu'à simuler un procès, qui est alors semblable en la forme à un vrai litige. Cest ce qu'on appelle *in jure cessio*, qui sert à réaliser par l'accord des parties l'adoption, l'émancipation, l'affranchissement. Voilà comment prit naissance la juridiction volontaire, appelée ainsi parce que les parties comparaissent volontairement devant le magistrat et consentent à faire consacrer leur accord par lui. Ainsi, aujourd'hui, sont rendus

les jugements d'expédient à la demande des parties qui se sont accordées à cet effet.

« La *legis actio voluntaria* n'est que la « *legis actio* en dehors de toute contestation ». Cette opinion, admise par beaucoup de romanistes modernes, est confirmée par la rareté des textes. Est-il croyable, en effet, que s'il y avait eu à Rome une distinction générale entre la juridiction gracieuse et la juridiction contentieuse le Digeste en dise si peu de choses et le Code rien du tout ? Le texte de Marcien est un texte ancien ne s'appliquant plus. Il n'est cité que d'une façon incidente au sujet de l'*officium proconsulis*, à l'époque où l'*in jure cessio* n'avait plus que de très rares applications. Marcien nous révèle donc simplement l'existence à Rome d'une *legis actio voluntaria*. Mais la distinction qu'il nous signale ne s'applique pas d'une façon générale » (1).

La juridiction volontaire du droit romain était donc celle qui consacrait l'accord des parties sans contradiction possible, mais avec apparence d'un procès véritable. Elle a pour caractéristique l'accord des parties, non l'arbitraire du magistrat, qui prête son ministère comme dans un procès réel.

Pothier définit ainsi dans ses Pandectes, liv.

1. Faure. Thèse, 1898, p. 7.

2, tit. I, art. 2, n° 8 la juridiction volontaire et la juridiction contentieuse : *Divide etiam solet jurisdictio in voluntariam et contentiosam voluntariam est quæ in volentes exercetur ut bonorum possessio, manumissio ; contentiosa, quæ in invitos exercetur ; ad quam pertinent omnes actiones et quæ instar actionum se habent.*

Henrion de Pansey donne les mêmes définitions dans son *Traité de l'autorité judiciaire en France* (1). « Le juge exerce la juridiction contentieuse chaque fois qu'il prononce sur des intérêts opposés, après des débats contradictoires, entre deux parties dont l'une a cité l'autre à son tribunal. Tout ce qu'il fait sur la demande d'une seule personne ou de plusieurs d'accord entre elles et sans contradicteur appartient à la jurisprudence volontaire. « *Jurisdictio recte dividetur in voluntariam quæ inter volentes et sine causæ cognitione exercetur et contentiosam quæ inter invitos et litigantes cum causæ cognitione explicatur.* Ces définitions sont de Heineccius (ad. Pandect., liv. 2, tit. I, *de Jurisd.*, n° 249). On y voit que deux caractères principaux distinguent ces deux espèces de juridiction ; que la contentieuse

1. 3e édition, t. I, ch. 17, p. 334.

s'exerce *inter nolentes* et la volontaire *inter volentes ;* que dans les actes de la première, le juge prononce *causa cognita* et dans la seconde *sine causæ cognitione* ».

Merlin, dans son répertoire, T. 6, V. Interdiction gracieuse, s'exprime en ces termes : « C'est celle (la juridiction gracieuse), que le juge exerce *sans connaissance de cause* entre des parties qui sont d'accord et pour des objets qui, de leur nature, n'offrent rien de contentieux. »

Les définitions des auteurs anciens et celles de la plupart des auteurs modernes reposent donc sur une confusion. Le mot volontaire s'applique, dans leur pensée, non aux parties qui consentent volontairement à être jugées, mais au magistrat, qui serait libre de statuer selon son caprice et exercerait ainsi une *juridiction discrétionnaire.*

Si en droit romain le magistrat qui exerce la juridiction volontaire prononce sur une demande qui n'est pas susceptible de contradiction, il n'en est pas de même pour le juge qui délivre l'ordonnance sur requête, puisque le président ne doit la rendre qu'après un examen attentif excluant un rôle purement passif et nécessitant des recherches sur le bien ou sur le mal fondé de la demande.

Dans notre législation on ne voit guère d'ailleurs de rôle du juge similaire à celui du magistrat romain exerçant la juridiction volontaire.

On aperçoit cependant en pratique un mode de procéder qui s'en approche, mais qu'aucun texte n'a prévu. Nous voulons parler du jugement d'expédient, auquel nous avons déjà fait allusion.

Lorsque dans une instance les parties sont d'accord pour faire prononcer sur un différend qui les divise, elles présentent un projet de jugement au tribunal qui, s'il n'y trouve rien de contraire aux règles de sa compétence, à l'ordre public et aux bonnes mœurs, transforme ce projet en jugement.

L'office du juge a alors une certaine analogie avec celui du magistrat romain, mais si l'on applique à la juridiction qu'il exerce l'épithète de volontaire, cette épithète ne pourra viser que l'attitude des parties qui, volontairement, font trancher un différend dans un sens préalablement fixé par leur accord.

Mais pour être, si l'on veut, appelée volontaire, la juridiction statuant dans ce cas n'en est pas moins une juridiction contentieuse, car le tribunal ne statue néanmoins qu'en connaissance de cause, après avoir examiné si les règles relatives à sa compétence, à l'ordre public

et aux bonnes mœurs ne sont pas enfreintes, Sa décision reste susceptible d'appel de ces trois chefs au moins, ce qui prouve bien que le juge n'use dans l'espèce d'aucun pouvoir discrétionnaire.

Les ordonnances sur requête sont susceptibles de contradiction, au moins de la part de l'adversaire, que les circonstancss ont empêché d'être appelé pour être entendu en ses explications. Lorsque la raison de la non-comparution du défendeur devant le juge a cessé d'exister, on retombe dans le droit commun et le fait de l'absence momentanée de la partie adverse ne peut donner aux ordonnances sur requête un caractère non contentieux.

Nous ne pouvons donc approuver la définition de la juridiction gracieuse donnée par M. Garsonnet (1) : « La juridiction gracieuse est celle qui s'exerce en dehors d'un procès, sur les demandes qui n'ont pas d'adversaire connu on présumé » parce que cet auteur a soin d'ajouter que la « juridiction gracieuse cesse de s'exercer et le demandeur doit être renvoyé devant la juridiction contentieuse dès qu'il apparaît que des tiers sont intéressés à contester sa prétention ».

1. T. 1, p. 112.

Si l'on applique cette théorie générale aux ordonnances sur requête, on peut dire que le président n'exerce jamais un pouvoir discrétionnaire en cette matière puisque son ordonnance ayant à un certain moment le caractère contentieux, elle peut être reformée au moyen d'un recours. Il ne reste rien alors de ce pouvoir discrétionnaire, qui serait d'après les auteurs le propre de l'exercice par le président de la juridiction gracieuse.

L'ordonnance sur requête est donc au début ce qu'elle est dans la suite, un acte de juridiction contentieuse, au moins quand elle est susceptible de faire naître une contradiction de la part d'un tiers atteint dans ses droits. Nous verrons d'ailleurs que même quand le tiers n'a aucun intérêt à critiquer l'ordonnance sur requête, cette décision ne cesse pas d'être classée dans les actes de la juridiction contentieuse.

Mais si la juridiction gracieuse n'a aucune place dans l'exercice des pouvoirs du président statuant sur requête il nous appartient d'expliquer dans quels cas s'exerce le pouvoir discrétionnaire du juge.

Les tribunaux ont non-seulement des attributions contentieuses, mais aussi des attributions non contentieuses.

Ces deux catégories d'attributions ne sont pas de même nature.

Les attributions contentieuses supposent un conflit relatif à la liberté ou à la propriété.

Tant qu'aucun conflit n'existe, les parties procèdent aux actes qu'elles jugent à propos d'établir.

Mais le législateur intervient parfois pour limiter la liberté des particuliers en les obligeant à demander le concours de l'autorité judiciaire.

Cependant, l'on ne peut dire que les actes non contentieux de cette dernière sont des actes gracieux et qu'il y a juridiction gracieuse dès qu'un tribunal intervient sans qu'il y ait litige (1).

L'autorité judiciaire n'a pas toujours les mêmes pouvoirs, les mêmes attributions, dans les différentes affaires non contentieuses qui lui sont soumises. Il faut donc préciser.

Nous ne nous occuperons pas des actes de la juridiction non contentieuse qui ne sont cependant pas des actes de la juridiction gracieuse tel que le jugement de reconnaissance d'écriture (2). Il faut donc chercher un *criterium* qui permette de dire sans hésitation quand il y a et quand il n'y a pas juridiction gracieuse.

1. Faure. *De la juridiction gracieuse.* Thèse, p. 16.
2. Lefas. Thèse. *De la notion de la juridiction gracieuse* p. 91.

Nous avons repoussé le *criterium* qui consiste à dire qu'il y a juridiction gracieuse dès que la juridiction s'exerce en dehors d'un procès sur les demandes qui n'ont pas d'adversaire connu ou présumé, mais que la juridiction gracieuse se transforme en juridiction contentieuse dès que des tiers ont intérêt à contester la prétention de la partie requérante.

M. Cazalens attribue d'une façon générale un caractère gracieux aux actes qui n'impliquent l'appréciation et la reconnaissance provisoire d'aucun droit sujet à contestation,et ne peuvent par leur nature et leurs effets causer aucun préjudice et un caractère contentieux à ceux « qui ont à apprécier le droit prétendu par le requérant pour savoir s'il convient d'en refuser ou d'en autoriser l'exercice, qui peuvent être la cause d'un préjudice très grave, soit pour le requérant en cas de refus, soit pour le tiers intéressé en cas d'autorisation ; ces derniers impliquant à raison de l'appréciation qu'ils comportent et du préjudice qui peut en résulter, la contradiction et non l'adhésion du tiers » (1).

En appliquant ce critérium aux actes de la compétence du tribunal civil, on peut classer dans la juridiction contentieuse le jugement

1. D. P. 1895. II, p. 73, 105 et 137.

d'adoption, qui est de nature à préjudicier aux héritiers naturels ; le jugement qui refuse d'homologuer un avis de parents, parce que ce refus peut priver un incapable de faire un acte avantageux. Mais ces systèmes sont universellement rejetés (1).

Mais alors, quelles sont les conditions à réunir pour pouvoir dire quand le juge fait acte de juridiction gracieuse.

Il faut d'abord qu'il y ait accord entre les parties. C'est l'avis unanime des auteurs.

Mais cela n'est pas suffisant. Il faut encore qu'il y ait absence de *cognitio causæ*, c'est-à-dire qu'il n'y ait aucun débat entre le demandeur et le défendeur devant le juge, qui n'a aucune preuve à recueillir et n'a qu'à se procurer des renseignements. C'est l'opinion de la plupart des auteurs, notamment de Merlin, d'Argentré, de Henrion de Pansey. Ce raisonnement est confirmé part l'art. 355 du C. civil (2).

Ce sont là des conditions accessoires qui ne donnent pas à la solution de la question la précision désirable, car il faut encore savoir quand il est permis au juge de décider sur de

1. Lefas. Thèse, p. 18.
2. Faure Thèse p. 19.

simples renseignements et quand une partie peut le saisir par la voie gracieuse.

Le législateur a donné aux tribunaux pour mission principale de statuer sur des litiges et il a indiqué la procédure à suivre devant eux. Si donc les tribunaux sont compétents en matière gracieuse, c'est exceptionnellement, et il est de toute nécessité qu'un texte existe pour indiquer l'exception.

Pour reconnaître si un acte appartient à la juridiction gracieuse, il faut donc : 1° qu'il y ait accord entre les parties ; 2° qu'un texte les oblige à se présenter devant le juge.

Cela n'est pas suffisant dans tous les cas. Les tribunaux sont parfois tenus de faire droit à la requête qui leur est adressée. Il en est ainsi quand ils sont appelés à donner acte d'une prestation de serment ou d'une reconnaissance d'écriture, à dresser un procès-verbal d'adjudication ou de conciliation, à enregistrer une déclaration d'émancipation. Ces actes se rapprochent des actes authentiques dressés par un notaire ou un officier de l'état civil (1).

Pour qu'il y ait juridiction gracieuse il faut que le juge ne soit pas tenu de donner un visa. Il faut qu'il ait aussi le pouvoir d'accorder ou de refuser ce qui lui est demandé.

1. Faure. Thèse, p. 20.

En résumé, pour qu'il y ait juridiction gracieuse, il faut :

1° Qu'il y ait accord entre les parties.

2° Que malgré cet accord la loi les force à se présenter en justice pour obtenir une approbation que la loi met comme condition à l'exercice de certains droits dont un individu a la jouissance.

3° Que le juge ait le pouvoir d'accorder ou de refuser l'approbation qu'on lui demande.

A titre d'exemple nous citerons quelques actes rentrant dans la juridiction gracieuse du juge : « Les homologations d'avis de parents ; l'homologation de l'acte d'adoption, car l'adoption comporte deux formalités successives ; la déclaration devant le juge de paix, qui ne constitue pas un acte de juridiction gracieuse, puis l'homologation de cette déclaration, homologation qui est de juridiction gracieuse, car le tribunal doit se préoccuper de la moralité de l'adoptant, de sa bonne réputation, et que l'art. 355 du code civil confère au tribunal le pouvoir de décider qu'il n'y a pas lieu à adoption. En matière d'absence, les jugements de présomption, de déclaration d'absence, d'envoi en possession provisoire et définitif, nous paraissent présenter les mêmes caractères, etc. » (1).

1. Faure. Thèse, p. 21 et suiv.

On voit par ce qui précède que le fait par le demandeur de se présenter seul devant le juge ne constitue pas un des éléments qui permette de classer un acte dans la juridiction gracieuse. Les ordonnances sur requête sont rendues sur la comparution d'un seul requérant, non parce qu'il y a accord entre les parties et qu'un débat est inutile, mais parce que la mesure qui est sollicitée a un caractère urgent et provisoire, qui ne comporte pas pour le moment du moins, l'intervention d'un contradicteur. Mais cette intervention pouvant se produire, cela suffit pour que l'accord soit présumé ne pas exister. Une demande formée par instance principale, devant un tribunal peut ne pas être contestée par le défendeur ; cette circonstance ne change en rien le caractère de la juridiction qui est appelée à trancher un différend ; elle restera une juridiction contentieuse.

L'accord des parties étant donc censé ne pas exister, il en résulte que les parties ne peuvent spontanément se présenter ensemble devant le juge ; leur comparution ne doit avoir lieu qu'avec l'accomplissement de formalités qui impliquent la résistance du défendeur puisqu'il est procédé en son absence, provisoirement du moins.

Quant au président nous avons vu qu'il n'a pas un rôle passif et qu'il ne peut jamais arbi-

trairement accorder ou refuser la mesure sollicitée, dont il doit vérifier en fait et en droit la légitimité, et que les ordonnances doivent même, qu'il accueille ou repousse la requête, être brièvement motivées, pour permettre, en cas de recours à une juridiction supérieure, de contrôler sa décision.

A la vérité, certaines ordonnances ne peuvent porter aucun préjudice à la partie adverse ; telles sont les ordonnances remplaçant un juge-commissaire dans une enquête ou une expertise, un juge ou un notaire dans un partage, etc.... Il n'en est pas moins vrai qu'elles constituent des actes de juridiction contentieuse, car elles font partie de la procédure que comporte le litige, procédure à laquelle elles s'incorporent. Les jugements préparatoires, c'est-à-dire les jugements rendus pour l'intruction de la cause et qui tendent à mettre le procès en état n'appartiennent-ils pas comme les jugements définitifs à la juridiction contentieuse ? Pourquoi en serait-il autrement pour les ordonnances sur requête, rendues, elles aussi pour l'instruction de la cause ? Et puis nous avons vu qu'il faut un texte pour donner compétence à une juridiction en matière gracieuse et que dans ce cas cette juridiction s'exerce dans des formes spéciales. Or aucun texte

n'existe, classant les ordonnances en question dans la juridiction gracieuse des présidents.

Nous avons, croyons-nous, démontré que les ordonnances sur requête des présidents n'appartiennent pas, par leur nature, à la juridiction gracieuse.

Nous avons aussi établi que les ordonnances sur requête émanent de la juridiction contentieuse du président.

Nous savons en effet que ce magistrat statue provisoirement à l'occasion d'un conflit excluant et l'accord des parties et la faculté pour le président de statuer sans motiver sa décision. Nous savons enfin que cette décision étant de nature à porter préjudice aux parties peut être frappée des recours que la loi a tracés.

CHAPITRE V

Effets des ordonnances sur requête.

SECTION I

Exécution.

Nous avons vu que les ordonnances sur requête peuvent toujours être rapportées ou modifiées par la suite, sur un recours direct, après un débat qui, par la contradiction qu'il implique, fait que la nouvelle ordonnance qui intervient alors ne présente plus aucune différence avec l'ordonnance de référé.

L'ordonnance sur requête doit donc pouvoir produire les mêmes effets que l'ordonnance de référé, avec laquelle elle ne présente qu'une seule différence, à savoir qu'elle est rendue hors la présence du défendeur.

Il en résulte dès lors que les mesures prescrites par ordonnance sur requête par le président s'exécuteront par la même voie, c'est-à-dire que l'huissier instrumentaire sera contraint

de prêter son ministère au requérant et pourra au besoin se faire assister de la force publique.

Nous ne partageons pas l'avis de Bertin, qui soutient que le président donne par son ordonnance une simple autorisation qui ne peut jamais constituer un ordre, parce qu'elle est dépourvue de la formule exécutoire.

« La seule chose que le président fait et puisse faire lorsqu'il est sollicité par requête, est *d'autoriser*, si les *apparences* du droit lui paraissent suffisantes, les mesures réclamées.

« Lorsque le président autorise, sur requête, une saisie-arrêt, il n'ordonne pas que cette saisie sera pratiquée ; il permet, ainsi que le déclare l'art. 558 du C.de procédure civile, que la saisie ait lieu ».

Le code emploierait donc une expression erronée, en parlant d'*ordonnance* ? Nous ne le croyons pas.

L'exemple de la saisie-arrêt ne nous a pas convaincu. L'ordonnance du président a pour effet, il est vrai, de permettre au créancier de suppléer à l'absence d'un titre, mais ne fait-elle pas une obligation à l'huissier instrumentaire de pratiquer la saisie-arrêt et au tiers saisi de faire état de l'opposition, obligation qui n'existerait pas s'il n'y avait ni titre ni ordonnance ?

N'en est-il pas de même en matière de saisie-gagerie ? L'huissier ne peut y procéder qu'après signification d'un commandement, conformément à l'art. 819 du Code de procédure civile. La décision du président, qui dispense de la notification de cet acte ordonne à l'huissier, s'il en est requis par le demandeur, de procéder à la saisie-gagerie sans commandement préalable.

En ce qui concerne l'autorisation d'abréger le délai ordinaire de comparution devant les tribunaux civils, l'huissier chargé de signifier l'ajournement pourrait à bon droit refuser d'assigner à un délai moindre que celui fixé par la loi, parce que la procédure pourrait être annulée et les frais mis à la charge de l'officier ministériel. Lorsque le président accorde l'autorisation de réduire le délai d'ajournement il ordonne implicitement à l'huissier instrumentaire de donner l'assignation à plus courte échéance.

En cas de retard d'un débiteur d'annuités dues à une société de Crédit foncier, en vertu d'un prêt hypothécaire par elle consenti, la société a le droit, en vertu d'une ordonnance rendue sur requête par le président du tribunal, et 15 jours après une mise en demeure, de se mettre en possession des immeubles hypothéqués aux frais, risques et périls du débiteur en re-

tard. (art. 29, décret 28 février 1852). En accordant cette autorisation, le président ne donne-t-il pas *l'ordre* au débiteur de se dessaisir entre les mains du séquestre ? Où serait la sanction d'une pareille mesure si l'officier chargé d'exécuter cette décision ne pouvait la mettre à exécution par les voies légales !

Pourrait-on mettre obstacle à cette exécution en soutenant que l'ordonnance du président ne porte pas la formule exécutoire ?

Il faut d'abord remarquer que rien ne s'oppose à ce que l'ordonnance porte la formule exécutoire, si on se conforme à l'article 1040 du du Code de procédure civile, car, dans ce cas, le greffier qui expédie l'ordonnance peut apposer dans l'expédition cette formule en vertu de l'article 2 du décret du 2 septembre 1871 : « Les expéditions des arrêts, jugements, mandats de justice, ainsi que les grosses et expéditions des contrats *et de tous autres actes susceptibles d'exécution forcée*, seront intitulés ainsi qu'il suit :... »

Il est même, à notre sens, ainsi que nous l'avons déjà vu, nécessaire de recourir au dépôt au greffe de l'ordonnance, à moins que le président ne réponde la requête à son hôtel. Dans ce cas, et même dans tous les cas, si l'on admet une dispense générale de dépôt des ordonnan-

ces sur requête, il est de toute nécessité, pour qu'elles reçoivent exécution, que le président ordonne l'exécution sur la minute. L'ordonnance sur requête sera alors exécutée comme l'ordonnance de référé dont le président a prescrit l'exécution sur la minute, en vertu de l'article 811 du Code de procédure civile.

Section II

Chose jugée.

La chose jugée est une présomption *juris et de jure*, c'est-à-dire n'admettant pas la preuve contraire (art. 1350 al. 3 C. civ.) « Nulle preuve n'est admise contre la présomption de la loi, lorsque sur le fondement de cette présomption, elle... dénie l'action en justice ». *Res judicata, pro veritate habetur*, telle est la présomption sur le fondement de laquelle la loi refuse l'action en justice, lorsqu'une partie veut remettre en question ce qui a déjà été jugé.

La loi refuse cette action au plaideur « en ce sens que, s'il attaque désormais, pour le même objet, son adversaire qui a obtenu gain de cause, il suffira à celui-ci, pour triompher dans ce nouveau débat, d'invoquer l'autorité de la cho-

se jugée, c'est-à-dire de la décision judiciaire qui a déjà tranché le litige, d'opposer l'exception *rei judicatæ* : ce qui dispensera d'examiner le débat.

« Deux conditions sont requises pour que l'autorité de la chose jugée s'attache à un jugement rendu par une juridiction française :

« 1° Il faut qu'il émane de la juridiction contentieuse ; en d'autres termes qu'il tranche un différend. L'autorité de la chose jugée n'appartient pas aux jugements qui émanent de la juridiction gracieuse... Ces décisions n'ont de jugement que l'apparence ; ils ont plutôt la valeur de simples actes. Mais d'ailleurs, l'autorité de la chose jugée est attachée à tout jugement rendu en matière de juridiction contentieuse ; peu importe qu'il émane d'un tribunal de droit commun ou d'un tribunal d'exception, ou même d'une juridiction arbitrale.

« 2° Il faut que le jugement soit *définitif*. L'autorité de la chose jugée ne s'attache pas aux jugements avant dire droit, c'est-à-dire aux jugements préparatoires, provisoires ou interlocutoires... » (1)

L'autorité de la chose jugée s'attache à un jugement.

1. Baudry-Lacantinerie. *Précis de Droit civil*. T. 5. nos 603 et 604.

Nous savons que l'ordonnance sur requête, comme l'ordonnance de référé statue provisoirement et en cas d'urgence et ne tranche pas un différend au fond, ne met pas fin à un litige. Elle ne peut sous ce rapport être assimilée à un jugement. Elle n'a donc pas l'autorité de la chose jugée.

En effet, si le jugement contentieux, pour avoir l'autorité de la chose jugée doit, entre autres conditions, être définitif, c'est pour que le litige ne puisse être remis en question. L'ordonnance sur requête, au contraire, laisse présumer que le litige n'a pas été examiné au fond, puisque le principal est entièrement réservé (1).

« Attendu, dit un arrêt de la cour suprême du 25 mars 1890 (2), que si la décision du 24 décembre 1887 peut constituer une ordonnance de référé, cette ordonnance, rendue contradictoirement, malgré la résistance du demandeur en cassation, ne s'est pas bornée à statuer au provisoire, sans préjudicier au principal ; qu'elle a au contraire, par des motifs exclusivement tirés du fond, jugé le principal lui-même ; que le demandeur, malgré le préjudice et malgré

1. De Belleyme. Ord. sur référé. T. I, p. 243. Bioche V° Référé n° 206. Rousseau et Laisney V° Référé n° 228. Cass. 4 nov. 1863. D. P. 64. 1. 35, 28 juin 1892 D. P. 93. 1. 378. Paris 26 fév. 1892. D. P. 92. 2. 311.

2. Pand. chr. 90. 1. 54.

l'excès de pouvoir du juge, n'a pas porté appel de cette ordonnance ; qu'en de pareilles circonstances, en décidant que l'ordonnance de référé avait acquis l'autorité de la chose jugée, l'arrêt n'a commis dans l'espèce, aucune violation des articles de la loi visée, etc... »

Ainsi cet arrêt fait produire à une ordonnance de référé l'autorité de la chose jugée, non pas parce que les décisions de cette nature produisent cet effet légal, mais parce que l'ordonnance de référé avait, par suite d'un excès de pouvoir, produit l'effet d'un jugement définitif, ce qui est la confirmation de notre opinion.

« Considérant, dit encore l'arrêt de la cour de Paris du 26 février 1892, que les époux Ducasses, se prévalant d'une ordonnance de référé qui a statué sur les difficultés pendantes entre eux et leur gendre antérieurement à l'ordonnance dont est appel, soutiennent que cette première ordonnance constitue à leur profit la chose jugée ; mais qu'il est de principe que les ordonnances de référé n'ont qu'un caractère provisoire. »

Nous ne partageons donc pas l'avis de M. Bonjean, qui soutient qu'il y a *en fait*, sinon *en droit*, véritablement *chose jugée*, parce que le président « n'accorderait jamais la mesure sollicitée, s'il on la considérait comme

fondée sur des droits légitimes démontrés ou tout au moins suffisamment probants (1) ».

Il faudrait admettre, d'après ce système, que de simples probabilités seraient suffisantes pour motiver une décision constituant l'autorité de la chose jugée. Mais nous l'avons vu, les faits sur lesquels le président a statué peuvent être de nouveau remis en question, au moins au principal. Certes, en fait, le président ne statuera pas à nouveau sur les points qui ont motivé son ordonnance, autrement que par la voie du recours dont elle est susceptible, car il y aurait contrariété de décision ou double emploi inutile ; mais nous admettons même que le président a le pouvoir, sans être lié par une première ordonnance, d'accorder une autorisation déjà refusée si les justifications qui manquaient lui sont fournies. Nous sommes donc loin, et en fait et en droit, d'attribuer à l'ordonnance sur requête l'autorité de la chose jugée.

Il va sans dire que même si l'on admettait que l'ordonnance sur requête pût dans une certaine mesure avoir l'autorité de la chose jugée, cet effet ne se produirait qu'entre le demandeur

1. Bonjean. T. I. p. 29.

et le défendeur éventuel. Le tiers (1) ne pourrait se voir opposer l'exception, car l'ordonnance est pour lui *res inter alios acta*.

En résumé, le président du tribunal civil statuant par ordonnance sur requête rend une décision appartenant à la juridiction contentieuse, mais cette décision ne peut pas acquérir l'autorité de la chose jugée parce qu'elle ne doit jamais préjudicier au principal et qu'elle n'a qu'un caractère provisoire.

1. Nous déterminerons plus loin le sens qu'il faut donner à cette appellation dans notre matière.

CHAPITRE VI

Voies de recours contre les ordonnances sur requête.

Section I

Opposition.

Nous avons admis en principe que les ordonnances sur requête sont susceptibles de recours. Il s'agit maintenant de déterminer les voies ouvertes aux parties atteintes dans leurs droits par l'ordonnance sur requête pour la faire rapporter ou modifier. Au préalable, nous allons examiner les moyens proposés par la doctrine et parfois admis par la jurisprudence pour arriver à ce résultat. Ils consistent dans :

1° L'instance au principal dont seront saisis les juges appelés à statuer au fond, et dont la décision aura pour effet *par voie de conséquence* de modifier ou rendre caduque l'ordonnance ou de la confirmer en consacrant les mesures ordonnées ;

2° Une requête adressée au président ;

3° Le référé ;
4° L'appel ;
5° Le pourvoi en Cassation.

§ 1. — Instance principale.

Il est évident que l'ordonnance sur requête, comme l'ordonnance de référé, ne préjudiciant pas au principal et n'ayant pour effet que de parer aux mesures urgentes et conservatoires, ne pourra plus avoir d'effet ou n'aura qu'un effet restreint si le jugement qui statue définitivement sur le litige dont l'ordonnance sur requête n'a été que l'occasion, si ce jugement implique la cessation ou la modification des effets de l'ordonnance. C'est une annulation, ou plutôt une caducité par voie de conséquence, de la mesure ordonnée par le magistrat. Ainsi le président a autorisé un créancier à pratiquer une saisie-arrêt à défaut de titre, un propriétaire à faire procéder à la saisie-gagerie des meubles garnissant la propriété louée. Le tribunal est appelé à statuer sur la validité de l'une ou de l'autre saisie. S'il annule ces dernières en décidant que le requérant était sans droit pour y procéder, il rend de nul effet l'ordonnance qui a autorisé ces mesures. Ainsi encore, lorsque conformément l'article 29 du décret du 22 février 1852, une société de Crédit foncier se met en possession

des immeubles hypothéqués, en vertu d'une ordonnance sur requête, cette ordonnance est frappée de caducité si les poursuites du Crédit sont annulées par le tribunal pour défaut de droit du poursuivant. Il en serait autrement, dans tous les cas qui viennent d'être énumérés, si l'annulation comprenait des actes postérieurs à l'ordonnance et n'était prononcée que pour un vice de procédure ; cette décision n'atteindrait pas l'ordonnance, qui continuerait à produire son effet. Par exemple la saisie-arrêt ou la saisie-gagerie sont annulées pour défaut des énonciations prescrites par la loi ; elles pourront être recommencées en vertu de la permission du président, qui conservera toute sa valeur.

Cette caducité de l'ordonnance par voie de conséquence n'a aucun inconvénient pratique puisque le droit du poursuivant, résultant de l'autorisation du président, s'est trouvé épuisé dès le moment où les mesures ordonnées ont été prises ; elles ne peuvent donc se renouveler si elles sont annulées pour défaut de droit du poursuivant, et par suite l'ordonnance a perdu toute sa force, le provisoire résultant de l'ordonnance se trouvant substitué au définitif qui s'attache aux effets du jugement sur le fond.

Cette distinction paraît un peu subtile, mais elle est juridiquement nécessaire, si l'on consi-

dère que le tribunal tranche une question de fond qui lui est implicitement réservée par l'ordonnance et qu'il est appelé à statuer, non sur l'opportunité des mesures prescrites mais sur la validité de ces mesures. L'ordonnance du président qui est, comme nous le savons, une décision juridictionnelle, ne peut être réformée par le tribunal dont le contrôle ne s'étend pas aux actes juridictionnels du président. Cette opinion est justifiée par une considération importante ; une ordonnance sur requête peut très bien être en apparence une mesure s'imposant à la prudence du juge, qui n'a pas toujours les moyens de s'assurer si son autorisation est justifiée au fond. Elle pourrait encore, pour cette raison, être maintenue sur les recours directs et indépendants dont elle est susceptible d'être frappée. On ne comprendrait pas qu'une ordonnance sur requête maintenue en appel, par exemple, pût être annulée expressément par un tribunal allant ainsi à l'encontre de l'arrêt d'une juridiction supérieure.

M. Bonjean paraît bien adopter cette opinion mais il ne la développe pas parce qu'il estime sans doute qu'elle a peu d'intérêt pratique :

« Le moyen le plus naturel, dit-il, puisqu'il produira des effets définitifs, est de faire tomber par voie de conséquence les effets de l'or-

donnance sur requête, en portant le débat au principal.

« Il est bien entendu, en effet, que les ordonnances sur requête, comme celles rendues en référé, statuent seulement d'une façon *provisoire* (non dans le sens vulgaire du terme, mais dans le sens étymologique du mot latin *providere*), pour assurer la conservation du droit présumé du requérant.

« Le tribunal proprement dit, en jugeant ensuite au fond, fera juridiquement disparaître tout ce qui pourra subsister de ces actes conservatoires, auxquels se substitueront, pour les confirmer, les modifier ou les rétracter, les droits définitifs résultant du jugement.

« Une opinion quelque peu subtile, espérant concilier sa définition gracieuse du pouvoir présidentiel avec les inéluctables nécessités de la pratique, enseigne que l'instance principale opère, non pas contre l'ordonnance qui conserverait ainsi son caractère hypothétique d'intangible souveraineté, mais seulement contre les mesures résultant de cette ordonnance.

« Je ne discuterai pas une idée si dépourvue de réel intérêt et je me borne à constater que le Président ne serait pas exigeant s'il considérait l'anéantissement de ce qu'il a prescrit, comme

laissant subsister toute l'autorité de sa décision (1) ».

MM. Rousseau et Laisney paraissent également considérer que le tribunal, en tranchant la question du fond en faveur de la partie contre laquelle une ordonnance sur requête a été rendue, empêche par voie de conséquence l'ordonnance sur requête de produire aucun effet.

« Les ordonnances sur requête étant des décisions essentiellement provisoires, qui ne peuvent en quoi que se soit préjuger le fond du droit, la partie contre laquelle une telle ordonnance a été rendue et exécutée peut porter devant le tribunal la question du fond ; si cette question de fond est tranchée définitivement en sa faveur, l'ordonnance sur requête ne peut plus produire aucun effet (2).

M. Cazalens exprime la même idée quand il dit : « On remarquera, en premier lieu, que les ordonnances sur requête étant, comme les ordonnances de référé, des décisions essentiellement provisoires qui n'élèvent aucun préjugé contre le fond du droit, la partie contre laquelle une telle ordonnance a été rendue peut porter devant le tribunal la question du fond, de sorte

1. Bonjean, t. I, p. 34.
2. Rousseau et Laisney. V. *Ord. sur req.*, p. 354.

que si cette question est définitivement tranchée en sa faveur, l'ordonnance cesse par cela même de produire aucun effet. Ainsi, l'héritier légitime placé en présence d'un légataire universel qui a obtenu, sur requête, l'envoi en possession des biens de la succession, peut demander au tribunal la nullité du testament ; le testament disparaissant, l'envoi en possession disparaîtra par voie de conséquence » (1).

L'instance principale est donc un moyen de faire annuler par voie de conséquence l'ordonnance sur requête, mais il ne doit pas être le seul, parce que le juge du fond statue après des lenteurs de procédure inévitables et des frais souvent élevés, surtout si l'on épuise tous les degrés de juridiction. Il peut résulter du retard dans l'appréciation des droits du demandeur un préjudice considérable pour le défendeur.

Ainsi, l'ordonnance d'envoi en possession rendue par le président du tribunal, conformément à l'article 1008 du code civil, au profit du légataire universel, lorsque le testament est olographe ou mystique, joint à la saisine de droit qu'avait déjà le légataire universel la saisine de fait des héritiers légitimes qui se trouvent à la suite de l'ordonnance d'envoi en possession dans

1. Cazalens. *Dissertation au Dalloz*. D. 75.2.73.

la même situation que si le *de cujus* avait laissé un testament notarié. La présomption de régularité inhérente au testament notarié, à cause des garanties d'authenticité et de régularité qu'il présente vient s'attacher au testament olographe ou mystique, grâce à l'ordonnance du président, qui lui fait subir ainsi une sorte de transformation juridique. Mais cette ordonnance peut avoir pour effet de compromettre les droits et les intérêts de l'intérêt légitime (1), qui peut craindre les rapides dilapidations du légataire universel. Il faut donc permettre à l'héritier légitime, s'il est possible, un recours direct et susceptible d'être rapidement jugé.

Ainsi encore une ordonnance sur requête a autorisé un prétendu créancier à pratiquer une saisie-arrêt sur les sommes dues au saisi. Ce dernier a des paiements urgents à faire. C'est un commerçant dont la cessation de paiements entraînera la liquidation judiciaire ou la faillite. S'il faut attendre que le juge du fond ait statué sur la validité de la saisie-arrêt, l'instance ne sera pas jugée avant de longs mois et cela entraînera peut-être pour le saisi des conséquences irrémédiables. Les dommages-intérêts qu'il pourra obtenir seront le plus souvent une com-

1. Cass. 3 avril 1895. D. P. 96.1.5.

pensation insuffisante et seront irrecouvrables si le saisissant est insolvable. Dans ce cas, comme dans le précédent, comme dans tous ceux où les droits et les intérêts d'une partie sont compromis il faut permettre de se pourvoir par une voie plus rapide si cela est possible, contre l'ordonnance sur requête.

Plusieurs moyens ont été imaginés pour arriver à ce résultat.

§ 2. — Requête.

Nous avons vu que suivant l'opinion de MM. de Peyramont et Bertin, les ordonnances sur requête sont de véritables actes d'administration susceptibles d'être modifiés par le magistrat qui en est l'auteur, sans qu'il soit besoin de se pourvoir devant lui par la voie de l'opposition, qui est un moyen de rétractation des décisions juridictionnelles rendues par défaut.

L'acte de juridiction a pour caractère essentiel en effet de ne pouvoir être réformé que par la voie du recours ouvert aux parties lésées, soit devant la même juridiction, quand l'opposition est permise, soit devant la juridiction supérieure.

L'acte d'administration au contraire est susceptible d'être modifié au gré de son auteur. La conséquence logique du système de MM. de

Peyramont et Bertin, conséquence qu'ils ont d'ailleurs eux-mêmes déduite, c'est que les parties lésées par une ordonnance sur requête peuvent en demander la réformation ou l'anéantissement par une contre-requête sollicitée du même pouvoir administratif du président.

M. Bonjean, dont nous partageons le sentiment sur ce point, critique en ces termes le système de la contre-requête :

« Cet acte d'administration laisse au président la faculté soit de maintenir, soit de modifier, soit même d'anéantir la mesure provisoirement autorisée. Cet acte, qui émane du pouvoir administratif du président, ne résout et même ne préjuge pas la légitimité de la mesure octroyée. Si telle est en effet la nature de l'ordonnance sur requête, si telles en sont les conséquences, si la mesure autorisée ne constitue qu'un fait auquel l'ordonnance n'imprime pas le sceau du droit, c'est bien à tort que tant de discussions se sont élevées sur la question des voies de recours contre l'ordonnance.

« Mais ce système est en contradiction avec l'esprit du législateur, qui a permis au président de rendre des ordonnances sur requête quand il y a inconvénient grave à rendre cette décision contradictoirement avec l'adversaire éventuel. Le même fait n'existe pas quand c'est le défen-

deur éventuel qui sollicite une autre mesure pour détruire les effets de la première.

« Tout d'abord, le caractère essentiel de la requête, en dehors des cas déterminés par la loi, est d'intervenir sans doute en cas d'urgence, mais seulement s'il y a péril à prévenir l'adversaire éventuel de l'autorisation sollicitée contre lui.

« Or, comme précisément on ne peut concevoir chez celui qui proteste contre une ordonnance rendue à son insu, aucun intérêt à cacher sa protestation au bénéficiaire de cette ordonnance, je ne crois pas possible de répondre la contre requête sans violer l'esprit de la loi, parce que celle-ci n'autorise nulle part, ni explicitement, ni implicitement une semblable procédure et que la voie du référé est seule ouverte aux situations urgentes, dans laquelle la contradiction n'est point périlleuse tout d'abord » (1).

M. Bonjean fait apercevoir par un exemple typique l'inconvénient de la contre-requête :

« Il y a plus, et voici une difficulté nouvelle que personne ne semble avoir aperçue et qui résulte de la question de savoir si la deuxième ordonnance, réformatrice ou non, doit intervenir au profit du second requérant, le premier présent ou non, dûment appelé ou non.

1. Bonjean. 1er vol. p. 37.

« Suivant qu'on admettra l'une ou l'autre de ces deux situations contradictoires, il se produira évidemment des conséquences très différentes.

« Il nous faut donc examiner les deux hypothèses par un exemple usuel.

« Primus se prétendant créancier de Secundus obtient, naturellement à l'insu de ce dernier, et en vertu de l'art. 558 du Code de procédure, l'autorisation de saisir-arrêter entre les mains de Tertius la somme que celui-ci doit à Secundus. La saisie-arrêt est pratiquée, puis régulièrement dénoncée, ce qui la fait connaître au prétendu débiteur.

« Or il se trouve que ce dernier a précisément dans les mains la preuve de sa libération ; l'équité veut donc qu'il puisse se soustraire à une mesure inique et sans fondement, adresser à son tour, dit-on, à l'insu du saisissant, une requête... tendant à quoi ? soit directement à faire rétracter l'ordonnance qui avait autorisé la saisie, soit à obtenir indirectement le même résultat, en permettant au saisi de toucher les sommes arrêtées malgré l'opposition pratiquée.

« Que va faire maintenant le tiers-saisi, en présence de deux décisions opposées ? Va-t-il se constituer juge de la question controversée de

savoir si le président a ou non le pouvoir de réformer la première ordonnance ?

« On ne voit pas quels principes pourraient limiter à un seul cas le pouvoir de rétractation du magistrat, et, dès lors, quand finirait donc un conflit, au sujet duquel, comme dans la procédure romaine, on verrait, sous forme de requêtes successives la demande initiale, une réplique, une duplique, etc....

M. Bazot combat l'opinion de M. Bertin avec une certaine véhémence :

« Je prie qu'on excuse la hardiesse de l'expression qui m'échappe : ce n'est plus de la justice, mais du désordre. Eh quoi ! on suppose que la religion du magistrat aura été surprise par le premier requérant ; mais qui donc peut assurer qu'elle ne sera pas également surprise par le second ? Par deux fois le président du tribunal s'est décidé sur l'exposé d'une seule partie... L'erreur est possible la première fois, mais n'est-elle donc pas possible la seconde fois ? Seulement, quelle différence dans les résultats ! Que la première ordonnance s'exécute, et il en résultera peut-être un inconvénient momentané, contre lequel il y a d'ailleurs des remèdes que nous indiquerons bientôt : que la seconde ordonnance puisse prévaloir sur la première et la conséquence sera souvent irrémédiable... Avec

cette faculté de rétractation, il faut prévoir un conflit possible et nous dire comment il sera levé. La première ordonnance a été immédiatement exécutée, la deuxième intervient, mais le premier requérant refuse d'y obtempérer et prétend conserver le bénéfice de la mesure conservatoire d'abord ordonnée. La situation n'aura fait que s'aggraver par cette évolution de la procédure » (1).

L'inconvénient d'une nouvelle ordonnance paralysant les effets de la précédente ne disparaîtrait pas, même si le défendeur lésé provoquait par une assignation un débat contradictoire. Certes, la discussion qui se produirait alors serait de nature à mieux éclairer la religion du président, mais la nouvelle décision n'interviendrait pas par voie d'opposition, c'est-à-dire de réformation de la précédente ordonnance et pourrait présenter des difficultés semblables à celles que nous venons de signaler dans le cas d'une ordonnance rendue sans la comparution du demandeur. Il y aurait, en outre, dans l'application de ce système, absence complète des garanties que présente l'audience avec ses solennités.

M. Bonjean fait justement remarquer en outre que « tout d'abord l'élément caractéristique de

1. Bazot. T. I, p. 19 et 20.

l'ordonnance est d'être rendue par le magistrat compétent, à l'hôtel ou dans son cabinet, sans aucune condition de temps, de lieu, d'heure, de délai.

« Ce mécanisme si simple, ajoute-t-il, ne semble guère acceptable, si le défendeur à la première ordonnance provoque devant le président une discussion contradictoire, qui se produirait sans les conditions de calme et de dignité que la solennité de l'audience publique n'est pas toujours suffisante à garantir...

« Si le bénéficiaire de la première ordonnance, devenu le véritable défendeur à la requête *reconventionnelle* ne comparaît pas, quoique régulièrement appelé, faudra-t-il donner défaut contre lui ? sera-ce un défaut contre partie ? admettra-t-on une constitution d'avoué et alors un défaut contre avoué ? faudra-t-il signifier la seconde ordonnance par un huissier commis ? le défaillant, comme c'est son droit normal, sauf certaines exceptions déterminées, pourra-t-il former opposition ? Mais alors, sous quelle forme et dans quels délais ? quels seront les effets de cette opposition et la nature de la nouvelle ordonnance rendue sur opposition ? Faudra-t-il au contraire statuer, le défendeur présent ou absent ? l'ordonnance aura-t-elle toute l'énergie d'une décision réellement contradic-

toire ? faudra-il distinguer les ordonnances rendues en premier ou en dernier ressort ? admettra-t-on l'appel et le pourvoi en cassation ?

« Autant de questions, autant de polémiques qui surgiraient ; et voilà ce que devient une matière que les législateurs de 1807 avaient voulu si simple et si respectueuse du droit commun qu'ils en avaient jugé totalement inutile d'en préciser les formes et le fonctionnement »(1).

Nous repoussons donc cette voie de rétractation ou de réformation de l'ordonnance sur requête, comme ne présentant pas les garanties dues au justiciable et comme entraînant des conséquences incompatibles avec le respect et l'autorité qui doivent être assurés aux sentences judiciaires.

§ 3. — Référé.

Dans le paragraphe précédent, nous avons critiqué le moyen proposé pour permettre au défendeur de faire cesser ou modifier les effets de l'ordonnance qui lui préjudicie, non que nous repoussions en principe le recours du défendeur éventuel devant le magistrat qui a rendu la décision, mais parce que les garanties de ce

1. Bonjean. T, I, p. 40 et 41.

recours sont peu sérieuses et que ses effets produiraient d'inextricables difficultés. Examinons maintenant s'il est possible d'autoriser un véritable recours par voie d'opposition, contre l'ordonnance sur requête du président, dans le but d'en obtenir la réformation ou l'annulation.

Cette question a donné lieu à de nombreux systèmes en doctrine et à des décisions contradictoires en jurisprudence.

M. Bonjean (1) indique comme un des premiers monuments sur le matière un arrêt de Bordeaux (rapporté par Devilleneuve et Carette, 1re série, II, 316) du 16 août 1817.

« Considérant que la voie de l'opposition est la forme de procéder autorisée par nos lois, pour faire rétracter un jugement ou une ordonnance qui est opposée à une partie qui n'a pas été entendue ; que cette voie est la seule qui puisse être employée devant les premiers juges ; que la loi a voulu qu'elle fût épuisée avant de recourir à l'autorité supérieure, puisque l'appel n'est pas recevable pendant le délai de l'opposition ; qu'il faut une disposition expresse de la loi pour interdire la faculté de l'opposition à un jugement qui gêne l'exercice de nos

1. Bonjean. T. I. p. 41.

droits. Que soit qu'une partie ait été assignée, soit qu'elle ne l'ait pas été, la faculté de former opposition est de droit, si elle n'est formellement prohibée ; que notre législation serait incomplète, si un acte quelconque, émané de l'autorité judiciaire, pouvait devenir un perpétuel obstacle à l'exercice du droit de celui qui n'aurait été ni entendu ni appelé à se défendre.....»

On ne doit pas se fonder sur l'article 809 du code de procédure civile, qui prohibe l'opposition en matière d'ordonnance de référé, pour soutenir que cette voie de recours contre l'ordonnance sur requête est également interdite. Nous reconnaissons, il est vrai, que l'ordonnance sur requête est comme un avant-coureur de l'ordonnance de référé ; qu'elle est comme elle rendue en cas d'urgence et de façon provisoire, par défaut contre le défendeur, parce qu'il y aurait péril à provoquer en l'état un débat contradictoire ; qu'elle est susceptible de provoquer une véritable ordonnance de référé lorsque la contradiction ne fait plus redouter le même danger. Mais les motifs qui ont fait prohiber l'opposition aux ordonnances de référé ne se retrouvent plus dans l'examen des voies protectrices de rétractation qu'il convient d'accorder au défendeur éventuel lésé par une ordonnance

sur requête. Le législateur a voulu, en matière de référé, éviter les lenteurs de la procédure et de la mise à exécution de la sentence du juge (1), empêcher que le défendeur ne paralyse l'exécution d'une décision qui a pour but avant tout de prévenir les lenteurs (2). Mais le défendeur au référé est appelé devant le président à présenter ses moyens contradictoirement avec le demandeur. Sa non-comparution fait présumer qu'il n'a rien à objecter à la demande. Il n'en est pas de même pour le défendeur éventuel lésé par l'ordonnance sur requête. Il n'a pas été appelé au prononcé de la décision. Il ne peut être victime d'une présomption d'acquiescement à la demande.

Au surplus, aucun texte ne prohibe l'opposition aux ordonnances sur requête ; au contraire, nous avons vu que plusieurs dispositions prévoient expressément ou tacitement ce recours en la matière. Or, c'est le droit commun, à défaut de prohibition, qui doit être appliqué aux

1. Bertin. *Ord. s. req.* 2e vol. p. 230. Garsonnet T. 7, p. 308.

2. Bioche. V. *Référé*, p. 702. Ces craintes, à notre sens, ne sont pas justifiées. Il suffisait de décider que les ordonnances de référé seraient exécutoires par provision, nonobstant opposition. Cela a bien été fait pour l'appel. Les lenteurs de la procédure sont plus grandes avec la prohibition de l'opposition car on multiplie les appels.

ordonnances sur requête, et le droit commun, permet l'opposition à toute décision judiciaire en matière contentieuse, au profit du défendeur qui n'a pas été en mesure de faire valoir ses moyens. Il a fallu un texte pour prohiber l'opposition aux ordonnances de référé ; c'est le cas de faire application de la maxime *qui dicit de uno negat de altero.*

Notre système se concilie d'ailleurs parfaitement avec l'art. 809 du code de procédure civile ; l'opposition à l'ordonnance sur requête provoquant un véritable référé, si le défendeur à l'opposition ne se présente pas devant le président, l'ordonnance qui interviendra ne pourra plus être frappée d'opposition parce qu'il est de principe que les décisions par défaut ne peuvent pas être frappées deux fois d'opposition.

Nous avons dit que le code de procédure civile contient des dispositions qui prévoient l'opposition aux ordonnances sur requête. La législation antérieure permettait même cette voie de recours en la matière. Il s'agit de l'art. 2 du titre XXXV de l'ordonnance de 1667.

« L'art. 2 du titre XXXV de l'ordonnance de 1667, dit M. Bonjean (1), permettait de se pourvoir contre les décisions rendues sur requête et, comme ces principes n'ont pas été abrogés par

1. Bonjean. T. 1, p. 43.

le législateur de 1807, ils doivent continuer à produire leur effet.

« Au premier argument historique on répond, il est vrai : l'art. 2 dont il s'agit parle *des arrêts et jugements rendus en dernier ressort même ceux donnés sur requête*, et il semble impossible de faire rentrer, dans ces dispositions essentiellement contentieuses, les ordonnances qui nous occupent, et qui sont essentiellement gracieuses sans compter que, cette objection venant même à manquer, il est bien clair que nous ne sommes plus soumis aux prescriptions de l'ordonnance de 1667, qui n'ont pas été formellement consacrées par le législateur de 1807 ».

Cette réponse, qui repose sur trois points : le texte de l'art. 2, qui ne mentionne pas les ordonnances, mais seulement des décisions évidemment contentieuses ; le caractère des ordonnances, que ne prévoit pas l'art. 2 parce qu'elles appartiennent à la juridiction gracieuse ; l'abrogation tacite de toutes les dispositions non reproduites de l'ordonnance de 1667 ; cette réponse, disons-nous, est combattue sans peine par M. Bonjean (1).

Cet auteur n'admet pas l'abrogation tacite de

1. Bonjean, *T. I.* p. 41.

toutes les dispositions de l'ordonnance de 1667 : « il est bien évident que le code de 1807 n'a été qu'un imitateur de la célèbre ordonnance, qu'il a copiée, même dans beaucoup de ses règles ou de ses termes les plus archaïques. Il est donc absolument conforme aux traditions de l'interprétation juridique de penser que les prescriptions de l'ordonnance, qui ne sont pas contraires aux dispositions du code de procédure civile, peuvent être légitimement invoquées pour éclairer les points que ce dernier a laissés dans l'obscurité ».

En ce qui touche le caractère gracieux attribué aux ordonnances sur requête, M. Bonjean fait justement remarquer que cette conception est injustifiée, et il ajoute :

« Bien que les commentateurs ne semblent pas l'avoir aperçue, il y a une autorité qui, à mon avis, tranche le débat, pour l'ancien droit. C'est ce passage fort intéressant de Pigeau : « l'opposition est une voie par laquelle on s'op- « pose à l'exécution d'un jugement par défaut, « dont on demande la réformation aux juges « mêmes qui l'ont prononcé. La facilité qu'il « y a souvent à obtenir un jugement sans *que* « *la partie en soit suffisamment avertie et* « *les dangers des surprises* ont fait établir « cette voie ». T. I, p. 189.

« Or, n'est-ce pas à l'ordonnance sur requête que peuvent s'appliquer par excellence les deux expressions que je viens de souligner ? Mais l'assimilation est impossible, répond-on, car les ordonnances ne sont pas des jugements ! Pigeau nous montre encore sur ce point la réalité des principes, quand en ce qui concerne l'appel il continue : « Comme on peut avoir à se plaindre « de *toutes sortes de jugements, on peut* « *appeler de* TOUS. Ainsi *on le peut d'une* « *ordonnance sur requête* comme de celle qui « l'est après avoir entendu les parties... » T. I, « p. 499. « On peut appeler, quoiqu'on ait la « voie de l'opposition, car cette dernière voie « est une faculté à laquelle on peut renoncer ». T. I, p. 502.

Quant aux textes du code de procédure civile qui autorisent expressément ou implicitement l'opposition aux ordonnances sur requête, ils méritent d'être passés en revue afin d'examiner s'ils consacrent un principe que nous soutenons énergiquement devoir être respecté.

Voyons d'abord, comme le fait M. Bonjean (1), les articles 191 et 192 du code de procédure civile.

Ces dispositions, selon nous, ne sont pas déterminantes.

1. Bonjean. T. I, p. 45.

Aux termes de l'article 191, si, après l'expiration du délai imparti l'avoué n'a pas rétabli les pièces, il sera, sur simple requête, et même sur simple mémoire de la partie, rendu ordonnance portant qu'il sera contraint à cette remise et même à payer trois francs de dommages-intérêts à l'autre partie par chaque jour de retard, du jour de la signification de l'ordonnance, outre les frais. En cas d'opposition, l'article 192 dispose que l'incident sera réglé sommairement.

Cette ordonnance doit bien émaner du président seul ; cela ne fait aucun doute, bien que M. Bazot paraisse en douter. D'abord le mot ordonnance ne s'applique jamais aux décisions du tribunal et le texte répète trois fois ce mot ; il n'a pu viser le tribunal. De plus, l'article 76 du décret du 16 février 1807 fixe le tarif des différentes ordonnances sur requête et contient *in fine* la disposition suivante : « La vacation pour demander l'ordonnance du *président* ou du juge commissaire et se la faire délivrer est comprise dans la taxe (1) ».

Les dispositions des art. 191 et 192 ont une certaine analogie avec les deux décrets du 16 février 1807 relatifs à la taxe des frais d'expertise et avec une loi récente du 1er décembre 1897,

1. V. en ce sens De Belleyme. T. I, p. 132.

visant la taxe des notaires, avoués et huissiers. Les ordonnances du président établissant les taxes prévues par ces dispositions sont susceptibles, comme celles dont nous venons de nous occuper, d'opposition devant le tribunal.

Ces textes ne peuvent, à notre sens être cités comme consacrant expressément le droit à l'opposition aux ordonnances sur requête, parce que les ordonnances qu'ils prévoient présentent un caractère exceptionnel et ont plutôt l'effet de jugements par défaut puisqu'elles prononcent non une mesure provisoire ne préjudiciant pas au principal mais une véritable contrainte pécuniaire, effet qui ne se rencontre jamais autre part dans les ordonnances sur requête. Et c'est selon nous la raison qui a déterminé le législateur à faire porter l'opposition devant le tribunal qui consacrera contradictoirement et cette fois par un jugement, le droit du demandeur contrairement au principe qui commande de toujours porter l'opposition devant la juridiction qui a rendu la sentence par défaut.

Examinons maintenant l'art. 163 du Code de procédure civile. Ce texte dispose que les témoins défaillants appelés dans une enquête seront condamnés par ordonnance du juge-commissaire exécutoire nonobstant *opposition ou appel* à une amende et à des dommages-inté-

rêts. Le droit à l'opposition, dit-on (1), est ainsi consacré et c'est devant le juge-commissaire qui a rendu l'ordonnance qu'elle doit être portée, puisque l'art. 265 autorise le juge-commissaire à décharger après justification le témoin de l'amende et des frais.

Nous nous refusons encore à invoquer ces dispositions comme étant la preuve que notre système est le seul acceptable. Il s'agit là d'abord d'une ordonnance ayant un caractère pénal et définitif comme un jugement (2). De plus, cette ordonnance n'est pas rendue sur requête. Cet exemple a pour utilité, il est vrai, de démontrer que l'opposition est permise devant le magistrat qui a rendu l'ordonnance ; mais nous venons de constater que lorsqu'il s'agit d'une ordonnance sur requête ayant exceptionnellement le caractère d'un jugement, l'opposition est aussi portée devant le tribunal.

L'article 417 du Code de procédure civile est plus probant et mérite d'être cité en exemple à l'appui de notre théorie. Il dispose que l'ordonnance du président du tribunal de commerce, autorisant une assignation à bref délai et une saisie conservatoire, seront exécutoires nonobs-

1. V. Bonjean, T. I, p. 45 et 46.
2. Voir en ce sens Bazot, p. 25.

tant opposition ou appel. Voilà donc le droit à l'opposition formellement consacré. Il s'agit, il est vrai, dans notre cas, d'une ordonnance du président du tribunal de commerce dont les ordonnances ne font pas partie de notre sujet, mais il n'y a aucune raison pour ne pas appliquer aux décisions de ce magistrat, rendues sur requête, les mêmes règles qu'à celles du président du tribunal civil.

M. Bazot soutient (1) que ce droit à l'opposition est une exception qui confirme la règle, alors que notre article est au contraire l'application d'un principe général de droit.

« J'en dirai autant de l'article 417. Il y a en effet et dans les mesures que permet cette ordonnance spéciale, et dans le domaine où elle intervient, une gravité dont il fallait tenir compte. Qu'on n'oublie pas que cette ordonnance autorise le créancier, non-seulement à assigner à bref délai, mais encore à saisir les effets mobiliers ; qu'on n'oublie pas qu'il s'agit de commerçants et que la saisie peut frapper des marchandises. Si l'on avait alors condamné le débiteur à attendre l'issue d'un procès pendant, un préjudice irréparable pouvait lui être causé. C'est pour arriver à une juste conciliation des

1. Bazot, p. 25.

intérêts opposés qu'on a rendu l'ordonnance du président exécutoire, nonobstant opposition ou appel, et qu'on a en même temps permis l'opposition et l'appel contre l'ordonnance. Voilà les motifs de l'art. 417, disposition exceptionnelle entre toutes ».

Cette argumentation nous paraît bien faible. Il nous semble que la procédure commerciale est assez expéditive pour que les droits du défendeur soient rapidement examinés au principal ; quant à cette raison que le débiteur ne doit pas, dans l'espèce, être condamnée à attendre l'issue d'un procès et à subir un préjudice irréparable, nous la trouvons excellente, mais nous ne voyons pas pourquoi elle ne serait pas invoquée en matière de saisie-arrêt, de saisie-gagerie, de saisie-foraine ou dans tous autres cas où le défendeur peut subir un préjudice !

M. Garsonnet (1), tout en reconnaissant que son opinion est contraire à l'arrêt de la cour de cassation, du 3 avril 1895, soutient comme M. Bazot que le texte que nous avons analysé est exceptionnel et il ne reconnaît pas au défendeur lésé par une ordonnance sur requête le droit d'y former opposition.

L'opposition aux ordonnances sur requête est

1. Garsonnet, t. I, p. 255.

admise par les arrêts suivants qui ne font exception à cette règle que si le recours est prohibé par la loi ou incompatible avec la nature même de l'ordonnance : Douai, 11 mars 1864, D. P. 76.2.42. Chambéry, 29 janvier 1873. D. P. 74.2.183. Caen, 30 janvier 1873. D. P. 76. 44. Paris, 19 juin 1875. D. P. 76.2.42.

Les textes qui prohibent tout recours contre les ordonnances sur requête sont :

L'art. 697 du Code de procédure civile, qui, en matière de vente sur saisie immobilière dispose que le président du tribunal devant lequel se poursuit la vente pourra, si l'importance des biens paraît l'exiger, autoriser de faire des annonces et insertions supplémentaires par une ordonnance qui n'est *soumise à aucun recours.*

L'art. 969 du Code de procédure civile, qui décide que si, dans le cours des opérations d'un partage, le juge ou le notaire est empêché, le président du tribunal pourvoira au remplacement par une ordonnance sur requête qui ne sera susceptible ni d'opposition ni d'appel.

Ces dispositions exceptionnelles ne font que confirmer la règle. Si la règle n'existait pas dans la pensée du législateur il n'aurait pas eu besoin d'interdire ce qu'il avait déjà défendu.

Un arrêt de la Cour de Bourges, du 18 juin

1855 (1), qu'il est intéressant de citer, admet en principe que le recours devant le juge qui statue est possible de la part du défendeur éventuel lésé par la décision du président, mais il veut que ce recours soit une tierce opposition et non une opposition pure et simple :

« Considérant qu'encore bien que l'ordonnance d'envoi en possession provisoire de la succession puisse intervenir sans débat, sur simple requête, on ne saurait l'assimiler à ces actes dits de juridiction volontaire et gracieuse, contre lesquels aucun recours n'est admis, puisqu'ils ne préjugent rien ni ne préjudicient aux droits des parties ; que par l'effet de l'envoi en possession une attribution importante et une présomption considérable sont consacrées en faveur de l'impétrant ; que la faculté de recours contre toute décision du juge qui fait grief est de droit commun, et qu'aucune inhibition ne l'interdit au cas dont il s'agit ; qu'on n'est donc pas fondé à prétendre que l'ordonnance d'envoi en possession est souveraine et inattaquable ;

« Mais si le recours est facultatif, reste à savoir par quelle voie il doit s'exercer. Qu'à défaut de règles spéciales à la matière, c'est par les prin-

1. Dalloz 1875, 2.105.

cipes généraux qu'il faut se décider; — que, d'une part, l'appel ne saurait être autorisé ni se concevoir du chef d'intéressés qui n'ont pas été parties devant le premier juge; — que, d'autre part, en cas de recours, c'est, selon le vœu de la loi, par la voie la moins irrespectueuse pour le juge et comme par appel du juge au juge lui-même mieux informé, qu'il convient d'abord de se pourvoir; que l'héritier intéressé à contester l'envoi en possession n'ayant pas été appelé devant le juge, peut à bon droit exciper des articles 474 et 475 du code de procédure, et que, tant qu'il ne s'est pas pourvu à ces fins et par cette voie, l'appel ne peut lui être ouvert. »

Par tierce-opposition on entend, le mot l'indique, l'opposition formée par une tierce personne à une décision à laquelle elle n'a pas été partie par elle-même ou par ceux qui la représentent, et dont les droits sont atteints par cette décision.

Or si le défendeur, c'est-à-dire la partie qui est en cas de discussion non un tiers mais le contradicteur naturel du demandeur, comme dans l'espèce qui a fait l'objet de l'arrêt de la cour de Bourges, du 18 juin 1855, n'est pas appelé à l'ordonnance sur requête, c'est, comme nous l'avons expliqué, parce que les circonstan-

ces exigeaient qu'il fût provisoirement écarté à raison du secret et de l'urgence. M. Cazalens exprime la même idée et ajoute en termes excellents :

« Loin qu'on puisse enlever à cette partie le bénéfice de l'opposition, sous prétexte qu'elle n'a pas été appelée à l'ordonnance, il faut voir au contraire, dans cette circonstance, une raison de plus pour le lui accorder... M. le conseiller Peyramont disait fort bien . « Alors que « la loi permet à la partie qui a omis de répon- « dre à la citation qui lui avait été donnée « de venir demander au juge la rétractation de la « sentence, la raison et la justice seraient bles- « sées si on refusait cette faculté à la partie « contre laquelle il a été statué sans qu'elle ait « été appelée devant le juge. Cette partie faisant « acte de confiance et de déférence envers le « juge, en lui demandant à lui-même de revêtir « sa décision, après l'avoir entendu, mérite évi- « demment plus de faveur que le défendeur qui « a eu le tort de ne pas obéir à la citation, et le « recours accordé à celui-ci ne pouvait sans in- « justice être refusé à celui-là (1) ».

Nous avons donc admis en principe que l'opposition aux ordonnances sur requête des pré-

1. Cazalens. Note dans Dalloz 1875. 2. 105.

sidents des tribunaux civils est permise quand elles sont de nature à causer un préjudice au demandeur. Dans le cas contraire, l'intérêt étant la mesure des actions, il est naturel de décider que l'ordonnance du magistrat ne sera soumise à aucun recours ou plutôt ne pourra être efficacement frappée de recours.

A quel résultat, en effet, pourra mener l'opposition formée par un défaillant à une décision qui ne lui porte aucun préjudice? En admettant même que son opposition soit recevable en la forme, il n'en sera pas moins débouté comme ne se justifiant pas, faute d'un intérêt suffisant.

Faut-il admettre que le seul fait par le demandeur d'avoir porté le débat devant le juge du fond entraîne le dessaisissement du président qui a rendu l'ordonnance sur requête et lui enlève le droit d'examiner le recours porté devant lui par voie d'opposition? Ainsi un prétendu créancier fait une saisie-arrêt sur les sommes dues à son prétendu débiteur, en vertu de la permission du président, sollicitée par une requête. Puis il s'empresse de donner au saisi assignation en validité de l'opposition devant le tribunal. Le saisi pourra-t-il néanmoins se pourvoir par voie d'opposition à l'ordonnance devant le magistrat qui l'a rendue? La négative a été

consacrée par un arrêt de la Cour de cassation du 10 novembre 1885 (1), qui est ainsi motivé :

« Attendu que cette seconde ordonnance, en rétractant absolument la permission de saisir-arrêter faisait disparaître la matière de la saisie-arrêt et rendait inutile et sans portée la décision sur le fond ; qu'elle entraînait ainsi forcément préjudice au principal, dont le tribunal avait été saisi par la demande en validité ; qu'elle dépassait par là le pouvoir du juge du référé.

« Attendu, d'autre part, que le Président ne trouvait, ni dans les dispositions de l'art. 568 du C. de pr. c., ni dans la réserve qu'il avait faite de statuer à nouveau, en cas de difficulté, le pouvoir de mettre à néant une saisie-arrêt dont la validité avait été soumise au tribunal par une demande régulière (2) ».

Nous contestons cette décision, parce qu'elle a pour résultat de rendre vaine l'opposition ouverte contre l'ordonnance du Président. En effet, le saisi ne se pourvoira que lorsqu'il aura eu connaissance de la saisie-arrêt, et il ne la connaîtra même légalement que par la dénonciation qui lui en sera faite conformément à l'art. 563 du Code de pr. c., qui est ainsi con-

1. D. P., 86. 1. 209.

2. V. également arrêt Paris, 13 juillet 1887. Pand. fr., 1898, 2.40).

çu : « Dans la huitaine de la saisie ou opposition... le saisissant sera tenu de dénoncer la saisie-arrêt ou opposition au débiteur et de l'assigner en validité ». Le créancier s'empressera donc, pour empêcher l'opposition de se produire, de dénoncer la saisie-arrêt et d'assigner en validité. On retire d'une main au débiteur ce qu'on lui accorde de l'autre.

Mais il importe peu que le tribunal soit saisi d'une demande en validité. Le tribunal n'a pas à statuer sur l'ordonnance mais sur la validité de la saisie-arrêt qui peut, il est vrai, annihiler les effets de l'autorisation, mais par voie de conséquence. Or, le président statuant sur l'opposition et rapportant par exemple sa décision n'empièterait nullement sur le fond, puisqu'il se bornerait à un examen qui n'est pas permis au tribunal. Le juge du fond, si l'ordonnance est rapportée, devra se borner simplement à repousser une demande en validité de saisie-arrêt formée sans autorisation, ou plutôt en vertu d'une permission non avenue, ce qui revient au même.

C'est aussi l'opinion de M. Cazalens (1).

« Les principes conduisent à décider que l'assignation en validité de la saisie ne fait pas

1. *Dissertation au Dalloz*, 1895. 2. 107.

obstacle à la rétractation de l'ordonnance, portant permission de citer. Effectivement, cette opposition était de sa nature recevable et conditionnelle, comme toute décision par défaut. Par l'effet de l'opposition dont elle a été frappée, et de l'ordonnance qui a fait droit à l'opposition, elle s'est trouvée rétroactivement anéantie, de telle sorte que la situation est devenue la même que si l'autorisation de saisie n'avait jamais été accordée, que si le saisissant avait porté devant le tribunal une demande en validité de la saisie-arrêt formée sans permission du juge. Le dessaisissement indirect du tribunal, qui se produit dans ces circonstances, se présente donc, non pas comme le résultat d'un empiètement sur ses attributions, mais comme la conséquence naturelle et légale du caractère de la demande introduite devant lui ».

Mais la voie de l'opposition sera fermée au défendeur, dès que, conformément aux principes généraux, il résultera des circonstances que la partie saisie a renoncé à user de ce recours et a consenti à laisser subsister la saisie jusqu'au jugement de validité. Cette renonciation pourra ressortir de ce fait, que la partie saisie a constitué avoué, signifié des conclusions dans lesquelles elle a demandé au tribunal de prononcer main-levée de la saisie, ou seulement gardé

un silence prolongé sur l'assignation et la procédure qui s'en est suivie (1).

Réserve d'en référer et caractère de la deuxième ordonnance.

M. de Belleyme avait été obligé de reconnaître le danger qui pouvait résulter d'une autorisation ayant souvent d'importantes conséquences, donnée en l'absence de la partie adverse, par une ordonnance sur requête. Attribuant un caractère gracieux ou discrétionnaire aux pouvoirs du président dans notre matière, et l'opposition ne se conciliant pas avec ce système, il avait imaginé un moyen d'examiner à nouveau la demande contradictoirement ; il créa la réserve d'en référer, et son exemple fut généralement suivi par les présidents des tribunaux civils.

Les raisons et les effets de cet expédient sont ainsi expliqués par M. de Belleyme (2).

« Le président doit, en permettant de former opposition, réserver à la partie saisie le droit d'en référer en cas de difficultés. Cette réserve est le remède nécessaire aux abus des oppositions, afin de pouvoir vérifier par les explications contradictoires des parties si elle est fondée.

Le code de procédure, qui a voulu prévenir

1. Paris, 6 août 1866 et 23 mars 1867. D. P. 67. 2. 65 et 66.
2. T. I, p. 142 et suiv.

les anciens abus (exposé des motifs), n'a pu refuser tacitement le moyen le plus efficace de les supprimer, car la procédure actuelle expose encore à bien des délais pour obtenir, en première instance et en appel, une décision définitive. Le président est placé entre le créancier, qui peut par un refus, perdre son seul gage, et le débiteur, qui peut être exposé, par une opposition injuste, à suspendre ses opérations, et à un préjudice souvent irréparable. Un débat contradictoire est le principe d'une bonne justice, et puisqu'on ne peut appeler avant l'opposition le débiteur, qui pourrait détourner le gage, il ne reste pour établir ce débat, que la réserve d'en référer. L'expérience prouve que le débiteur peut souvent contester avec avantage l'existence et la quotité de la créance, présenter de justes obstacles au paiement; sans la réserve, la mesure dite conservatoire pourrait être une exécution vexatoire avant jugement.

« Cette réserve est la conséquence des autorisations accordées sur requête par le président; elle est comprise dans l'étendue des droits que la loi confère, car la loi ne met aucune limite au pouvoir qu'elle lui accorde, et la réserve lui permet d'en régler l'usage; sans la réserve, il refusera sur un simple doute, sur une légère crainte, et le créancier qui conteste cette réserve en

éprouvera préjudice. La réserve d'en référer n'est contraire à aucune disposition de loi ; le président peut donc donner une permission absolue, partielle, conditionnelle et sans réserve. La loi donne le droit d'en référer en matière de saisie conservatoire, de saisie-revendication, de saisie foraine, d'arrestation d'étrangers et autres. Le président peut non seulement réduire la quotité de la créance, et autoriser à toucher en déposant les causes de l'opposition, mais encore permettre de recevoir la totalité de la somme arrêtée. Enfin, le créancier, en exécutant l'ordonnance accepte cette réserve et devient non recevable à contester. Malgré ce dernier motif, le président, profondément convaincu de la nécessité de la réserve d'en référer, exige que la requête contienne l'offre et le consentement d'en référer en cas de difficulté, et non s'il y a lieu, pour former le contrat judiciaire, et afin que le créancier ne puisse prétendre avoir accepté cette condition irrégulière comme contraint et forcé, et soutenir plus tard qu'il n'y a lieu à référé. »

Le référé qui constitue l'innovation créée par M. De Belleyme n'est pas celui qu'organise l'article 806 du code de procédure civile ; c'est un organisme spécial, auquel le législateur n'a jamais songé (1).

1. V. Bonjean. T. I, p. 58.

Ainsi, lorsqu'en vertu de cette réserve, les parties se présentent à nouveau devant le président, c'est, suivant M. de Belleyme, devant le président statuant non en matière contentieuse, mais en vertu de ses pouvoirs de juridiction gracieuse, devant le président statuant sur requête. « De même, dit-il, *n'est pas susceptible d'appel*, l'ordonnance rendue par suite de la réserve d'en référer insérée dans l'ordonnance sur requête, parce qu'elle ne fait qu'une seule et même décision avec l'autorisation accordée sur requête, et émane, comme la première, du pouvoir discrétionnaire du juge. »

Il convient maintenant de rechercher si la réserve d'en référer, insérée dans l'ordonnance sur requête est conforme à la légalité.

Nous avons démontré que les ordonnances sur requête des présidents sont des actes de juridiction contentieuse et que l'opposition dont elles sont susceptibles doivent être portées devant le président en référé. La réserve d'en référer insérée dans une ordonnance sur requête ne peut dans notre système, être entachée d'illégalité, mais elle est inutile ; « elle n'est pas plus illégale que la faculté d'opposition que le tribunal, statuant par défaut, aurait l'idée d'insérer dans son jugement au profit du défaillant (1) ».

1. Bonjean. T. I, p. 59.

Quant au caractère de l'ordonnance qui intervient après le référé, il a donné lieu à quatre systèmes, ainsi énumérés par M. Bonjean.

« Le premier considère la seconde ordonnance, quoique rendue contradictoirement, comme appartenant aussi bien que l'ordonnance primitive, à la juridiction gracieuse et logiquement, il la soustrait au recours par voie d'appel.

« Le second, d'ailleurs transactionnel, considère bien la seconde ordonnance comme appartenant à la juridiction gracieuse, mais la soumet à l'appel.

« Le troisième, frappé du caractère contentieux de la seconde décision, y voit une ordonnance de référé proprement dite, et admet aussi contre elle, mais avec plus de raison, la voie de l'appel.

« Le quatrième enfin, prend le contre pied du premier ; il considère la seconde décision comme une ordonnance de référé proprement dite, donnant rétroactivement ce caractère à la première ordonnance.

1^er^ *Système.* — Ce système est exposé dans un arrêt de la cour de Lyon, du 6 mai 1861. S. 1861. 2. 387. L'analyse conduit à en déduire les données suivantes :

1° La clause par laquelle le président dans sa première ordonnance, réserve aux tiers le droit

de lui en référer en cas de difficulté est parfaitement juridique; elle est en effet, la conséquence du pouvoir discrétionnaire du magistrat, qui peut, à son gré, accorder ou refuser complètement, et par suite accorder conditionnellement ;

2° La seconde ordonnance interviendra contradictoirement, après citation devant le juge;

3° Cette ordonnance, bien qu'évidemment *contentieuse* en fait, puisqu'elle est précédée d'un débat contradictoire, bien que rendue comme *en référé*, sera néanmoins considérée comme une simple suite de la première et par cela même comme émanée purement et simplement de la juridiction gracieuse.

4° En cette qualité elle ne sera point susceptible d'appel.

Cette réserve d'en référer, accorde au président un pouvoir dont l'arbitraire ne s'explique pas. Si l'ordonnance qu'il rend sur requête est susceptible de produire de la part du défendeur une résistance justifiable, il n'y a aucune raison pour empêcher dans un cas plutôt que dans l'autre le débat contradictoire de se produire.

Pour justifier la légalité de la réserve, on soutient que le président a un pouvoir discrétionnaire qui l'autorise à refuser ou à donner à son gré l'autorisation demandée par la requête. Qui

peut le plus peut le moins, dit-on ; il est donc en droit d'insérer si bon lui semble la réserve d'en référer.

Mais la raison donnée est mauvaise : que le président refuse d'accorder l'autorisation sollicitée, c'est son droit absolu (1) ; mais en ce qui concerne la réserve d'en référer le président n'ignore pas que le demandeur a pu lui cacher la vérité et surprendre une décision dont de simples explications contradictoires entraîneront peut-être la rétractation. Comment le magistrat décidera-t-il *à priori* que le requérant a exposé les faits de telle façon qu'ils ne puissent être réfutés par le défendeur ?

Comme le dit justement M. Bonjean (2) : « Le résultat de cette confusion des principes est facile à constater, et il est fort grave, puisqu'il convertit, par la logique des choses, l'intention bienveillante du président envers le tiers intéressé, en une situation des plus préjudiciable à ses droits. En effet, avec la théorie de M. De Belleyme et celle d'une importante jurisprudence, si le tiers lésé par l'ordonnance a l'imprudence de revenir devant le président, en vertu de la

1. Nous verrons plus loin que le refus comme l'autorisation est soumis au contrôle de la juridiction supérieure.

2. T. I p. 65.

réserve d'en référer, la décision, désormais contradictoire, qui interviendra, sera sans appel, et ce, contre tous les principes tutélaires de la loi ».

2e *Système.* — Ce système a été adopté par la cour de Bordeaux (1), qui considère la 2e ordonnance comme faisant partie de la première, qu'elle attribue à la juridiction gracieuse, mais elle permet l'appel des deux ordonnances, qui ne constituent cependant pas d'après elle une ordonnance de référé. C'est le chaos et il est inutile d'insister.

3e *Système.* — Le troisième système a été consacré par deux arrêts, l'un de la cour d'appel d'Alger du 19 novembre 1870 (2), l'autre de la cour de Lyon, du 29 juin 1857 (3). La deuxième ordonnance est une véritable ordonnance de référé qui paralyse seulement *en fait et par voie de conséquence* la première décision. L'appel peut donc en être interjeté. « C'est là, dit M. Bonjean (4), qu'est la vraie doctrine ; quel que soit le parti que l'on prenne quant au caractère de l'ordonnance rendue sur requête, il est certain que la seconde ordonnance, la

1. Bordeaux, 19 mars 1855. S. 55. 2 105.
2. Alger. S. 72. 2. 195.
3. Lyon, 29 juin 1857. S. 58. 2. 209.
4. *T. I.* p. 70.

confirmant, la rétractant ou la modifiant, mais rendue toutes les parties présentes ou dûment appelées, c'est-à-dire dans les conditions ou intervient toujours un référé contradictoire, ne peut être considérée comme soustraite à la voie de l'appel, c'est l'application pure et simple des articles 806 et suiv. du c. de pr. c.

4e *Système.* — Le 4e système consiste à considérer les deux ordonnances comme s'enchaînant de « manière à porter l'une et l'autre le caractère d'une véritable ordonnance rendue en référé, laquelle est conséquemment soumise à l'appel (1) ».

Il est bon de rappeler que le droit de revenir en référé devant le président est indépendant de la réserve de ce magistrat et que les systèmes que nous venons d'étudier bien que cités à l'occasion de cette réserve, sont compatibles avec l'opinion d'après laquelle la réserve existe de plein droit.

M. de Belleyme, reconnaissant que l'expédient par lui créé était anormal, exigeait que la requête « contînt l'offre et le consentement d'en référer en cas de difficulté *pour former le contrat judiciaire*, et afin que le créancier ne pût prétendre avoir *accepté cette condition* IRRÉ-

1. Caen. 2 février, 1841, S. 41. 2. 262.

GULIÈRE comme contraint et forcé, et soutenir plus tard qu'il n'y a lieu à référé. ».

M. de Belleyme transforme donc cette clause *irrégulière* en un véritable contrat qu'il appelle un contrat judiciaire, où manque un consentement libre, puisque le requérant ne l'accepte que parce que le président l'y oblige, et cela afin d'empêcher le demandeur de revenir sur son acceptation, en refusant le référé. Mais pour qu'il y ait contrat, il faut un consentement bilatéral, et l'on n'aperçoit pas l'acceptation du défendeur que l'on se garde bien de prévenir. Ce n'est certes pas le président qui a stipulé à sa place.

L'irrégularité du système de M. de Belleyme n'a pas échappé à MM. Bertin (1) et Bazot (2). Ces auteurs n'admettent pas que la jurisprudence puisse suppléer au silence du législateur, et partant du principe que nous avons combattu, à savoir que le pouvoir du président est un pouvoir discrétionnaire, ils considèrent comme illégale la voie de l'opposition ouverte par la réserve d'en référer, puisque, selon eux, tout recours contre l'ordonnance sur requête doit être prohibé.

Nous croyons avoir démontré l'irrégularité

1. T. I, p. 53 à 55, 103 et 104.
2. *Passim*, p. 151 à 155.

de la réserve d'en référer. Cette création indique parfaitement que l'on a cherché à suppléer à une lacune — le défaut de rétractation ou de réformation des ordonnances sur requête — lacune que l'on a cru exister, parce que le caractère de ces décisions a été méconnu.

Section II

Appel.

Ceux qui soutiennent que l'ordonnance sur requête est un acte de la juridiction gracieuse des présidents devaient logiquement n'admettre aucun recours contre cette ordonnance et par suite ne pas conclure à la recevabilité de l'appel.

« Les ordonnances sur requête, dit M. Bazot, (1) interviennent dans les circonstances les plus urgentes : que le moindre retard se produise, et leur efficacité est compromise. C'est même en raison de cette nécessité impérieuse que le législateur, se départissant de toutes les règles ordinaires, a permis à une partie de demander, secrètement pour ainsi dire, des mesures conservatoires dont le tribunal appréciera discrétion-

1. Bazot, p. 30.

nairement l'opportunité. C'est pour le même motif qu'il n'a autorisé aucune opposition à l'ordonnance ; et il eût autorisé l'appel ! ».

Mais M. Bazot (1) admet une exception à cette règle lorsque le président a commis un excès de pouvoir :

« Si le président est sorti des bornes de sa compétence, s'il a commis un excès de pouvoir, par exemple en ordonnant une mesure définitive, en portant atteinte, non plus seulement à un intérêt, mais à un droit, le mal est plus grand et le remède ne saurait être le même.

« Cette opinion n'implique aucunement contradiction avec celle que nous avons soutenue précédemment.

« Les actes de la juridiction discrétionnaire, ai-je dit, sont souverains ; mais ce principe, exceptionnel de sa nature, grave dans ses conséquences, doit être exactement renfermé dans ses limites. Je n'ai garde de prétendre qu'une ordonnance sur requête, quelle qu'elle soit, par cela seul qu'elle aura été rendue sur requête, sera toujours inattaquable ; non, ce privilège ne s'attache qu'aux ordonnances émanant vraiment de la juridiction discrétionnaire. Il faut ici caractériser les ordonnances par leur nature intrin-

1. Bazot, p. 38.

sèque et non par leur forme extérieure, par leur étiquette, si je puis ainsi parler.

« C'est là une règle habituelle d'interprétation; l'appel peut être interjeté contre les jugements, bien qu'ils aient été qualifiés en dernier ressort, si les juges ne pouvaient prononcer qu'en premier ressort. C'est la disposition expresse de l'art. 463 du code de procédure civile. Si donc l'ordonnance a été elle aussi mal qualifiée, si elle est, malgré son titre, une ordonnance contentieuse qui préjuge le fond, qui statue définitivement sur un droit, elle devra être d'autant plus susceptible de recours, que le droit, atteint par elle, n'a pu être défendu ».

M. Bertin (1) critique cette opinion parce qu'il soutient que le droit d'appel est interdit d'une manière absolue en matière gracieuse et que pour qu'il pût être exercé au cas d'incompétence il faudrait que la loi eût créé spécialement une exception qui n'est inscrite nulle part dans les textes. Au surplus, M. Bertin, partant de ce principe que l'action principale et le référé peuvent faire obtenir plus rapidement et à moins de frais les satisfactions dues au tiers, estime qu'ils n'ont aucun intérêt à attaquer par la voie de l'appel la décision incompétemment rendue.

1. Bertin. T. I, p. 70.

M. Bertin est au moins conséquent avec les principes qu'il émet, mais que nous avons combattus. Si l'ordonnance sur requête appartient à la juridiction gracieuse, elle devra être considérée comme irréfragable ; autrement, il faudra, comme le dit avec raison M. Bonjean, « faire dépendre l'appel de la double question préalable, à savoir, d'une part, s'il n'y a pas eu excès de pouvoir ; d'autre part, si sous la forme d'une ordonnance provisoire, ne se cache pas une mesure définitive ; en d'autres termes, si l'on se trouve en face d'une décision unilatérale, dite gracieuse, ou d'une sentence bilatérale, dite contentieuse (1). La cour seule pourrait être juge de la question, ce qui reviendrait à toujours admettre l'appel recevable en la forme, sauf à le repousser au fond ».

Nous donnons ci-après l'énumération des principaux arrêts qui sont pour ou contre l'appel :

Pour l'appel : Bordeaux, 23 mars 1887. D. P. 88.2.109. Nancy, 19 mai 1883. D. P. 84.2.67, 20 décembre 1892. D. P. 94.2.9.

Contre l'appel : Cass. rej. 10 novembre 1885. D. P. 86.1.209. Paris, 5 janvier 1889, D. P. 91.2.49 ; 18 juillet 1889 et 24 avril 1891. D. P. 91.5.467. Cass. 16 décembre 1889 et 5 mars

1. Bonjean. T. I, p. 85.

1890. D. P. 90.1.263 et 477. Pau, 14 mars 1890. D. P. 92.2.9. Cass. 1er juillet 1890. D. P. 90.1. 469. Pau, 30 octobre 1891. D. P. 92.2.167. Dijon 1er juin 1894. D. P. 94.2.360 et 14 novembre 1890. D. P. 92.2.49. Pau, 25 mai 1892. D. P. 92.2.245. Nancy, 4 avril 1893. D. P. 94.2. 117 et 20 décembre 1892. D. P. 92.2.9. Dijon, 25 mai 1892. D. P. 92.2.244. Caen, 20 novembre 1893. D. P. 94.2.167. Bordeaux, 23 juin 1885. D. P. 86.2.197. Douai, 21 janvier 1884. D. P. 87.2.17.

Selon nous, il ne peut jamais être interjeté appel de l'ordonnance sur requête. En effet, de deux choses l'une : ou cette ordonnance est frappée de recours et ce recours ne pourra être que l'opposition, pour laquelle la loi n'a fixé aucun délai, mais à laquelle, comme nous l'avons vu, le défendeur peut renoncer expressément ou tacitement ; ou opposition a été faite, mais dans ce cas c'est de l'ordonnance de référé qui intervient, et avec laquelle l'ordonnance sur requête se confond, qu'il doit être interjetée appel, si elle a été rendue en premier ressort (1).

1. Les ordonnances de référé sont susceptibles d'appel lorsque la valeur du litige excède 1500 francs ou est indéterminée, ou quand la décision est attaquée pour cause d'incompétence ou d'excès de pouvoir. V. De Belleyme. T. 1, p. 426, Bertin. T. II, p. 373. Pand. franç. V° appel nos 397 et 398.

On objectera sans doute qu'il est de principe qu'une décision par défaut peut être frappée d'appel après l'expiration du délai d'opposition ; mais nous le répétons, le législateur n'ayant imparti aucun délai pour l'opposition, cette voie de recours restera ouverte tant que le défendeur n'aura pas renoncé à attaquer l'ordonnance sur requête, et cette renonciation le privera, en même temps que du droit d'y faire opposition de celui d'en interjeter appel.

L'appel est-il possible de la part de celui qui s'est vu refuser l'autorisation sollicitée par requête ?

« La cour, dit M. Bonjean (1), ne peut statuer sur un appel que si elle est saisie par assignation qui lie le débat entre deux adversaires (art. 456 c. pr. c.). Le requérant n'a pas d'adversaire parce qu'il n'a pas obtenu l'ordonnance qui était de nature à lui en donner un et que d'ailleurs la décision doit intervenir hors la présence du défendeur éventuel ».

M. Crépon (2) admet cependant, et nous partageons son opinion, que la voie de la requête doit être suivie dans le cas qui nous occupe : « La notification de l'appel par huissier, avec assignation à comparaître devant le juge au se-

1. Bonjean, T. I. p. 87.
2. Crépon, V°. Appel civ. N° 2388.

cond degré est la règle ; elle ne doit céder que devant l'impossibilité de l'application. Cette impossibilité existe quand l'appelant n'a pas de contradicteur et notamment pour certains jugements ou certaines ordonnances rendues sur requête, et cependant susceptibles de recours... Toutefois, même dans ces conditions, l'exception doit être restreinte dans les plus étroites limites... On a dit, d'une façon absolue, que les ordonnances rendues par le président du tribunal de commerce, en vertu de l'art. 417 du C. de p. c. pour permettre d'assigner à bref délai ou de saisir des objets mobiliers ne peuvent être frappées d'appel que par la voie qu'on doit suivre pour les provoquer, c'est-à-dire par la voie de la requête, si c'est le requérant qui frappe d'appel l'ordonnance, parce qu'elle lui a refusé l'autorisation demandée. Sans doute, c'est par la voie de la requête qu'il doit saisir le juge du second degré. On peut dire, en effet, qu'il n'y a pas de contradiction.....».

M. Bonjean n'admet au profit du requérant que le pourvoi en cassation, qu'exceptionnellement il accorde au demandeur contre l'ordonnance sur requête elle-même, puisqu'il soutient qu'elle n'est pas susceptible d'appel de son chef. Nous ferons remarquer que la ressource unique de la cassation n'offre pas au requérant

le moyen de se pouvoir contre une appréciation injuste ou erronée des faits, dont le demandeur aura le plus souvent à se plaindre.

Section III

Pourvoi en cassation.

Le recours en cassation est une voie extraordinaire ouverte contre toutes décisions considérées comme des jugements.

Sont considérés comme jugements les décisions statuant sur une question contentieuse entre les parties (1).

A ce titre les ordonnances sur requête semblent pouvoir être frappées de pourvoi en cassation.

Mais le recours en cassation n'est admissible que contre les décisions rendues en dernier ressort, c'est-à-dire lorsqu'il n'existe aucune voie légale de réformation ou de rétractation du jugement, telle que l'opposition ou l'appel (2).

Il en résulte qu'une ordonnance sur requête ne peut jamais être frappée d'un pourvoi en cassation, car elle était susceptible d'être rétrac-

1. Crépon. T. I, n° 667 et s.
2. *Pandectes françaises*, v. Cass. civ., n° 257.

tée ou réformée par la voie de l'opposition. L'ordonnance de référé qui intervient sur opposition ne pourra pas non plus être frappée de pourvoi si elle a été rendue en premier ressort.

Le pourvoi en cassation n'est donc recevable que contre l'ordonnance de référé rendue en dernier ressort sur opposition et contre l'arrêt qui a statué sur l'appel de l'ordonnance de référé rendue sur opposition en premier ressort. Ces règles générales ont été consacrées par un arrêt de la cour de cassation rendu le 16 mars 1860 (1), qui a rejeté le pourvoi formé contre une ordonnance sur requête à laquelle il n'avait pas été fait opposition.

Les auteurs qui, comme MM. Bertin et Bazot, soutiennent que les ordonnances sur requête émanent du pouvoir discrétionnaire du président n'admettent pas qu'elles puissent être frappées de pourvoi en cassation, puisque selon eux elles ne sont susceptibles ni d'opposition ni d'appel (2).

M. Bertin reconnaît cependant que l'ordonnance du président peut être frappée d'un pourvoi en cassation, mais dans les conditions déterminées par l'article 80 de la loi du 27 ventôse an VIII, d'après lequel « le gouvernement, par

1. S. 61. 1. 181.
2. Bertin. T: I, p. 74 et suiv. Bazot, p. 45.

la voie de son commissaire, et sans préjudice du droit des parties intéressées, a le pouvoir de dénoncer au tribunal de cassation, section des requêtes, les *actes* par lesquels les juges auraient excédé leurs pouvoirs... La section des requêtes annulera *ces actes* ». Mais il s'agit là d'un pourvoi dans l'intérêt de la loi, qui ne préjudicie pas aux parties et qui laisse intacte au regard de celles-ci la décision déférée (1).

1. Bonjean. T. I, p. 90.

CHAPITRE VII

Différentes ordonnances sur requête du président.

Section I

Ordonnance permettant d'assigner à bref délai et dispensant du préliminaire de conciliation.

§ 1. — Assignation à bref délai.

Le délai ordinaire pour comparaître devant le tribunal civil est de huit jours francs (art. 72, C. pr. c.). Mais l'article 72, al. 21, permet au président, dans les cas urgents, d'abréger le délai.

Le délai pour comparaître, fixé par le président, n'est limité par aucun texte. Il est ordinairement de trois jours.

Le président ne peut dispenser de l'observa-

tion du délai de distance qui est distinct et indépendant du délai d'assignation (1).

§ 2. — Dispense de conciliation.

Dans un premier système, le président n'a jamais le droit, en abrégeant le délai de comparution, de dispenser du préliminaire de conciliation. C'est au tribunal seul qu'il appartient de donner cette autorisation (2).

Nous adoptons l'opinion contraire, qui a prévalu et qui donne au président le droit d'accorder la dispense de conciliation parce que l'autorisation d'abréger le délai de comparution contient virtuellement cette dispense (3).

« Attendu, dit un arrêt de la cour de Paris du 2 juin 1855 (4), que par une conséquence logique, le magistrat peut, en usant de cette faculté

1. Dijon, 5 mars 1830. S. 32. 2. 87. Cass. 17 nov. 1840. S. 40. 1. 835. Aix, 11 déc. 1858. S. 59. 2. 173. Limoges, 14 décembre, 1878. S. 79. 2. 266. Bioche. V° Ajournement, n° 62. Dalloz v. Délai, n° 113. Bertin, n° 882. Rousseau et Laisney, v. ajournement, n. 77. Chauveau, supp. n° 378, *sexties*. Cass., 29 mai 1866. Pand. chr. 4. 1. 211.

2. Paris, 8 décembre 1852. S. 53. 2. 177. Besançon, 6 janvier 1853. D. 63. 2. 112.

3. Cass. 29 janvier 1838. S. 38.1.612. Pau. 29 février 1864. S. 64.2.100. Douai, 18 juillet 1856. S. 57.2.49. Carré et Chauveau, 9.208. Rousseau et Laisney. V° ajournement, n° 69. Bonjean. T. I, p. 208.

4. S. 57.2.49.

(abréviation des délais), dispenser du préliminaire de conciliation, et qu'à défaut d'une disposition spéciale sur ce point dans son ordonnance cette dispense résulterait virtuellement de l'art. 49 du Code de procédure civile ; qu'en effet, le texte de cet article comprend, dans l'énumération des demandes non sujettes au préliminaire de conciliation, *celles qui requièrent célérité*, employant à cet égard les mêmes termes que l'art. 92 ; qu'il existe une corrélation nécessaire entre ces deux dispositions »...

L'ordonnance du président permettant d'abréger les délais ne nous paraît pas susceptible d'opposition. En effet, le tribunal, s'il reconnaît que le délai de comparution assigné au défendeur par le président est insuffisant, peut accorder à cette partie un délai supplémentaire pour préparer ses moyens, sans réformer ni annuler l'ordonnance, ce qui, nous l'avons vu, n'entre pas dans les limites de ses pouvoirs. Il ne résultera donc pour le défendeur aucun préjudice du fait de l'ordonnance du président ce qui implique l'inutilité d'un recours.

Indiquons maintenant les différents systèmes proposés.

Premier système. — Le défendeur a le droit de soumettre au tribunal la validité de l'ajour-

nement en critiquant l'ordonnance du président Cass. 25 juillet 1854, S. 54, 1.544, Aix 11 décembre 1858. S. 59.2.173. Limoges 14 décembre 1878. S. 79.2.266. Bertin, numéros 911 et 912.

2e *Système.* — L'ordonnance en question est un acte émané du pouvoir discrétionnaire du président et n'est pas sujette à recours. Colmar 17 avril 1817. P. chr. Douai, 31 octobre 1835 et 8 décembre 1836. S. 36. 2. 38 et 38. 1. 374. On admet toutefois que le tribunal peut accorder un délai supplémentaire au défendeur pour préparer ses moyens de défense, mais sans que l'ordonnance puisse être atteinte par une réformation. Douai, 18 juin 1856. S. 57. 1. 49 et 31 octobre 1835. S. 36. 2. 38. Paris, 6 juillet 1830. P. chr.

3e *Système.* — Ce système admet l'opposition devant le tribunal auquel la demande est soumise. Cass., 25 juillet 1854. S. 54. 1. 545. Paris, 29 février 1864. S. 64. 2. 100.

4e *Système.* — Cette opinion autorise seulement l'appel. Bordeaux, 25 juin 1847. S. 47. 2. 661.

Quant à la dispense de conciliation, le tribunal ne peut, sans empiéter sur les pouvoirs juridictionnels du président, se prononcer sur

l'opportunité de l'ordonnance contenant cette dispense.

Il sera donc nécessaire, si le défendeur conteste l'ordonnance de ce chef, qu'il se pourvoie contre la décision du président par voie d'opposition (1).

« Attendu, est-il dit dans l'arrêt de cassation du 4 janvier 1841, que cette ordonnance était un acte de juridiction qui, n'ayant été attaqué par aucun des moyens autorisés par la loi, est devenu irréfragable et, par cela même, élève une fin de non-recevoir insurmontable contre les critiques adressées à l'assignation, laquelle s'est bornée fidèlement à exécuter l'ordonnance.

Section II

Séparation de corps et divorce.

Le législateur a rendu applicable à la séparation de corps les nouveaux articles 236 à 244 du code civil, relatifs au divorce (art. 307 nouveau C. civ.).

Aux termes des articles 235 et 236 du code civil, le président ou le juge qui en fait fonction

1. Paris, 8 avril 1853. S. 53. 2. 181. Cass., 4 janvier 1841. S. 41. 1. 317. Bonjean, t. I, p. 219.

ordonne au bas de la requête à lui présentée que les parties comparaîtront devant lui, et il peut, par l'ordonnance permettant de citer, autoriser l'époux demandeur à résider séparément, en indiquant, s'il s'agit de la femme, le lieu de sa résidence provisoire.

On décide généralement que l'ordonnance rendue conformément aux art. 235 et 236 du Code civil n'est pas susceptible d'opposition. Nous adoptons cette opinion non pas parce que cette décision émane plutôt du pacificateur que du juge (1) : l'ordonnance est à notre sens de nature à causer un préjudice à l'époux défendeur quand elle autorise l'autre époux à avoir une résidence séparée, car l'un quelconque des époux a incontestablement le droit d'exiger que son conjoint n'abandonne pas sans motif plausible le domicile conjugal. Mais l'opposition à cette première ordonnance serait sans intérêt puisque le président peut, lors de la première comparution des deux époux, modifier ou rapporter cette mesure (art. 238, al. 2 C. civ.).

1. Bonjean, t. I, p. 425. Cass. 19 févr. 1861. D. P. 61. 1. 431. Paris, 22 février 1861. S. 62.1.128. Poitiers, 29 juillet 1878. D. P. 79.2.75.

Section III

Conversion de la séparation de corps en divorce.

Aux termes de l'art. 310 du Code civil, lorsque la séparation de corps aura duré trois ans, le jugement pourra être converti en jugement de divorce, sur la demande formée par l'un des époux. Cette nouvelle demande sera introduite par assignation à huit jours francs, en vertu d'une ordonnance rendue par le président. L'ordonnance nommera un juge rapporteur, ordonnera la communication au ministère public et fixera le jour de la comparution.

L'opposition à cette ordonnance de la part de l'époux défendeur en conversion n'aurait aucune utilité. Les droits de cet époux ne peuvent en l'état être aucunement atteints par l'autorisation d'assigner, et il aura la faculté de faire valoir ses moyens devant le juge du fond.

Section IV

Séparation de biens.

Aucune demande en séparation de biens ne peut être formée sans une autorisation préalable, que le président du tribunal du domicile du mari *doit* donner par ordonnance rendue sur requête qui lui est présentée à cet effet. Le président, avant de donner l'autorisation, peut faire les observations convenables.

Le président compétent (1) ne peut refuser l'autorisation (2).

L'ordonnance du président n'est pas susceptible d'opposition, car on n'aperçoit pas l'intérêt qu'aurait le mari à employer cette voie de recours, puisque le magistrat ne peut se dispenser de donner l'autorisation à la femme.

1. C'est celui du tribunal dans le ressort duquel est situé le domicile du mari. Cass. 18 nov. 1835. S. 36 1. 118.

2. Lyon 22 mars 1836. D. P. 36. 2. 164. S. 36, 2. 368 et les auteurs.

Section V

Enquêtes.

§ 1. — Remplacement du juge-commissaire.

Le jugement ordonnant une enquête doit contenir la nomination du juge devant lequel l'enquête sera faite (art. 255 al. 2 du C. de pr. c.)

En cas d'empêchement, le juge-commissaire est remplacé par une ordonnance du président rendue sur requête, mais dans le cas seulement où le jugement qui a prescrit la mesure d'instruction a délégué au président le pouvoir de procéder au remplacement (1).

§ 2. — Ordonnance du président délégué par le juge-commissaire, commettant un juge pour entendre un témoin.

Si un témoin est éloigné, le juge-commissaire doit renvoyer devant le président du tribunal dans le ressort duquel il a sa résidence. Le président entend le témoin ou commet un juge (art. 266, C. p. c.).

L'ordonnance du président dans l'un et l'autre cas ne peut porter aucun préjudice à la partie adverse, parce qu'elle sera toujours en droit de

1. Cass. 4 janvier 1881. D. P. 81. 1. 123.

relever les irrégularités de la procédure d'enquête devant le tribunal. Cette ordonnance ne sera donc pas susceptible d'opposition (1).

Section VI

Interrogatoire sur faits et articles.

Il est procédé à l'interrogatoire, soit devant le président, soit devant un juge par lui commis.

Le président ou le juge indique les jour et heure de l'interrogatoire (art. 327 c. pr. c.)

Cette ordonnance, n'est pas susceptible d'opposition. L'indication des lieu, jour et heure, n'est pas de nature en effet, à porter préjudice à la partie adverse (2).

Il n'en est pas de même pour l'ordonnance par laquelle le président commet, aux termes. de l'art. 326 du c. de pr. c., en cas d'éloignement, le président du tribunal dans le ressort duquel la partie réside ou le juge de paix du canton de cette résidence. Cette ordonnance est de nature à occasionner un préjudice à celui

1. En ce sens Cazalens. *Dissertation au Dalloz*. 75. 2. 73. Rousseau et Laisney. T. 7. p. 356. Pandectes françaises. V. *appel* p. 496.

2. Pandectes françaises V. *op. cit.* p. 495.

qui doit subir l'interrogatoire, si elle a été rendue sur un exposé de motifs erroné obligeant la partie à un déplacement que rien ne justifie (1).

Section VII

Délibérés et instructions par écrit.

Le tribunal peut ordonner que les pièces seront remises sur le bureau au rapport d'un juge nommé par le jugement avec indication du jour auquel le rapport sera fait (art. 93, C. pr. c.).

Aux termes de l'art. 95 du C. de pr. c., si une affaire ne paraît pas susceptible d'être jugée sur plaidoirie ou délibéré, le tribunal ordonne qu'elle sera instruite par écrit, pour être fait rapport par l'un des juges nommé par le jugement.

Si le rapporteur se démet ou ne peut faire le rapport, il en est commis un autre sur requête, par ordonnance du président signifiée à la partie ou à son avoué, trois jours au moins avant le rapport (art. 110 C. pr. c.).

1. Pandectes françaises. V. *op. cit.* 498. Lyon 16 févr. 1857. *Journ. des av.* T. 98 p. 336.

L'ordonnance du président n'est pas susceptible d'opposition, parce qu'elle n'est pas de nature à porter préjudice à la partie adverse.

Section VIII

Remplacement du juge ou du notaire commis dans un partage.

Le jugement qui prononce sur la demande en partage, conformément à l'art. 823 du C. civ., commet, s'il y a lieu un juge et en même temps un notaire.

Si dans le cours des opérations, le juge ou le notaire est empêché, le président du tribunal pourvoit à son remplacement par une ordonnance sur requête, laquelle n'est susceptible ni d'opposition ni d'appel, (art. 969, C. pr. c.).

Section IX

Commission d'un huissier pour signifier un jugement par défaut.

Tous jugements par défaut contre une partie qui n'a pas constitué avoué sont signifiés par un huissier commis, soit par le tribunal, soit par

le juge du domicile du défaillant que le tribunal désigne (art. 156, C. pr. c.)

Lorsque le jugement par défaut ne contient pas la commission d'un huissier pour en faire la signification, c'est le tribunal qui, si l'on s'en tenait rigoureusement au texte, aurait qualité pour réparer cette omission. Il en devrait être de même quand il s'agit de remplacer l'huissier commis, pour cause de décès ou d'empêchement. Mais la jurisprudence admet que la désignation de l'huissier dans ces deux cas est valablement faite par le président dans une ordonnance rendue sur simple requête (1).

L'ordonnance du président ne pouvant occasionner aucun préjudice au défendeur défaillant n'est pas sujette à opposition.

Section X

Ordonnance permettant une saisie-arrêt.

La saisie-arrêt ou opposition est l'acte par lequel un créancier s'oppose à la remise entre les mains de son débiteur de deniers ou d'objets mobiliers dûs à ce dernier par un tiers.

1. Poitiers 11 août 1819. *J. des av.* 21. 284. Bourges 19 avril 1829. P. ch. Cass. 31 mai 1858. S. 58. 1. 821. Carré et Chauveau 9. 644.

Elle est faite en vertu d'un titre authentique ou sous seing privé. A défaut de titre, le juge du domicile du débiteur, et même celui du domicile du tiers-saisi, peuvent l'autoriser par une ordonnance rendue sur requête, (art. 558, c. pr. c.)

Un créancier n'a souvent d'autre ressource, pour obtenir son paiement, que de provoquer la remise entre ses mains du montant des créances de son débiteur. La loi lui donne un moyen rapide pour empêcher la libération du tiers, après laquelle peut-être toutes poursuites seraient vaines. Si le créancier qui veut saisir-arrêter est muni d'un titre authentique ou privé, il procède sans la permission du juge, parce qu'il s'agit d'une mesure conservatrice de ses droits et qu'il y a de sérieuses présomptions en faveur de l'existence de la créance ; sauf à examiner dans une procédure ultérieure les prétentions du saisissant. Mais quand un créancier est dépourvu de titre, il fallait, sans lui permettre d'agir légèrement et peut-être sans droit, lui donner néanmoins le moyen de sauvegarder sa créance. Dans ce cas le président du tribunal se trouve bien placé pour procéder à un examen sommaire des prétentions du créancier, et l'autoriser, le cas échéant, à former une saisie-arrêt.

Nous n'avons pas à reproduire ici la discus-

sion relative aux voies de recours contre les ordonnances sur requête. Nous avons conclu formellement au droit pour la partie lésée, en général, de former opposition à la décision du président, nous avons déjà donné comme exemple, au sujet du droit de recours, l'ordonnance autorisant une saisie-arrêt, et nous avons démontré que cette mesure pouvait causer un préjudice à la partie saisie. La Cour de Cassation, comme on l'a vu, a définitivement fixé la jurisprudence par son arrêt du 30 avril 1895.

En ce qui touche le droit pour le président de rétracter ou modifier son ordonnance après l'introduction de l'instance principale, il y a lieu de se reporter à l'opinion que nous avons émise plus haut (1).

Section XI

Saisie-gagerie sans commandement préalable.

Les propriétaires et principaux locataires de maisons ou biens ruraux, soit qu'il y ait bail, soit qu'il n'y en ait pas, ont le droit, un jour après le commandement, et sans permission du

1. V. p. 133 et suiv.

juge, de faire saisir-gager pour loyers et fermages échus, les effets et fruits étant dans les dites maisons et bâtiments ruraux et sur les terres (art. 819, C. pr. c.).

Ils peuvent même faire saisir-gager à l'instant, c'est-à-dire sans commandement préalable, en vertu de la permission qu'ils en auront obtenu sur requête du président du tribunal de première instance (Même article). Cette disposition a pour but d'empêcher que le locataire ne soit mis en éveil par un commandement et ne fasse disparaître le gage du propriétaire ou du principal locataire et d'interrompre un déménagement furtif.

Comme l'autorisation de faire une saisie-arrêt, la permission de pratiquer une saisie-gagerie est de nature à porter préjudice à la partie saisie, qui peut se pourvoir par la voie de l'opposition contre l'ordonnance du président.

Section XII

Saisie-revendication.

Il ne peut être procédé à aucune revendication qu'en vertu d'une ordonnance du président rendue sur requête, et ce, à peine de dommages-intérêts, tant contre la partie que contre

l'huissier qui a procédé à la saisie. (art. 826 C. pr. c.).

§ 1. — Saisie-revendication de meubles déplacés sans le consentement du propriétaire.

Le propriétaire peut saisir les meubles qui garnissent la maison ou la ferme louée, lorsqu'ils ont été déplacés sans son consentement, et il conserve sur eux son privilège pourvu qu'il en ait fait la revendication, savoir : quand il s'agit du mobilier d'une ferme, dans le délai de quarante jours, et dans celui de quinzaine, s'il s'agit de meubles garnissant une maison (art. 2102, alinéa 6, code civil).

§ 2. — Saisie-revendication d'une chose déposée entre les mains d'une personne incapable.

L'art. 1926 du Code civil dispose que si un dépôt a été affectué par une personne capable à une personne qui ne l'est pas, le déposant n'a que l'action en revendication de la chose déposée, tant qu'elle existe dans la main du dépositaire, ou une action en restitution jusqu'à concurrence de ce qui a tourné au profit de ce dernier.

§ 3. — Revendication d'effets mobiliers vendus et non payés.

Si la vente d'effets mobiliers a eu lieu sans

terme, le vendeur a le droit de les revendiquer tant qu'ils sont en la possession de l'acheteur, et d'empêcher la revente, pourvu que la revendication soit faite dans la huitaine de la délivrance et que les effets se trouvent dans le même état qu'au moment de la livraison.

Cette revendication ne s'applique pas, en matière de commerce, aux marchandises vendues et livrées à un failli. (art 576 C. com.).

§ 4. — Revendication d'une chose volée.

Celui qui a perdu ou auquel il a été volé une chose peut la revendiquer pendant trois ans à compter du jour de la perte ou du vol, contre celui dans les mains duquel il la trouve, sauf à celui-ci son recours contre celui de qui il la tient (art. 2279 C. civ.).

§ 5. — Revendication par le détenteur privé sans sa volonté de la détention de la chose.

Nous pensons que celui qui a un droit de rétention sur une chose et qui en est privé sans sa volonté, ou contre sa volonté, dispose de la saisie-revendication pour recouvrer la chose. C'est l'opinion de MM. Baudry-Lacantinerie et de Loynes (1). « Si le vendeur a, pour

1. *Du nantissement des priv. et hyp.* T. 1. p. 196.

en recouvrer l'exercice, la faculté de revendiquer la chose, ne doit-il pas en être de même dans toutes les autres hypothèses ? Le détenteur procédera par la voie de la saisie-revendication, conformément à l'art. 806 du code de procédure civile. Qu'on n'objecte pas que la saisie-revendication est la sanction d'un droit réel, et que si la logique doit conduire ceux qui admettent la réalité du droit de rétention à l'autoriser, il est difficile pour ceux qui la considèrent comme un droit personnel d'accorder cette action au rétenteur. Nous avons répondu par l'art. 2102 4°. La saisie-revendication n'est, comme le font observer MM. Aubry et Rau, qu'une forme de procéder qui peut être employée pour la conservation et l'exercice d'un droit personnel aussi bien que d'un droit réel (1) ».

L'ordonnance du président, dans chacun des cas ci-dessus, est susceptible d'opposition, car elle est de nature à porter préjudice à la partie saisie.

1. V. aussi Aubry et Rau T. III. p. 120 § 256 *bis* note 25.

Section XIII

Saïsie foraine.

La saisie foraine a pour but de permettre au créancier de mettre la main sur les effets d'un débiteur, soit parce qu'il n'a pas d'état, soit parce que l'état qui peut être exercé ne lui permet d'avoir aucune situation fixe comme par exemple, les colporteurs, les marchands forains, les voituriers. La saisie foraine des effets trouvés en la commune que le débiteur habite peut être faite par tout créancier même sans titre, sans commandement préalable, mais avec la permission du président du tribunal de première instance, et même du juge de paix. (art. 822 code procédure civile).

Cette ordonnance est, comme les précédentes ralatives aux diverses saisies, susceptible d'opposition.

Section XIV

Saisie immobilière.

§ 1er. — Ordonnance accordant la permission de saisir les biens d'un débiteur situés dans le ressort de divers tribunaux, et qui ne dépendent pas d'une même exploitation,

La vente forcée des biens immeubles situés dans différents arrondissements ne doit être provoquée que successivement, à moins qu'ils ne fassent partie d'une seule et même exploitation. Elle est suivie devant le tribunal dans le ressort duquel se trouve le chef-lieu de l'exploitation; ou, à défaut de chef-lieu, la partie de biens qui présente le plus grand revenu d'après la nature du rôle. (art. 2210 C. civ.).

Mais aux termes de la loi du 14 novembre 1808, la saisie immobilière des biens d'un débiteur dans plusieurs arrondissements peut être faite simultanément, toutes les fois que la valeur totale des dits biens est inférieure au montant réuni des sommes dues tant au saisissant qu'aux autres créanciers inscrits (art. 1er). La valeur des biens est établie d'après les derniers baux authentiques, sur le pied du denier 25. A défaut de baux authentiques, elle est calculée d'après le rôle des contributions foncières sur le pied du denier 30.

Le créancier qui veut user de la faculté accordée par l'art. 1er, est tenu de présenter requête au président du tribunal de l'arrondissement où le débiteur a son domicile et d'y joindre les pièces énoncées à l'article 3 de la loi du 14 novembre 1808.

La requête doit être communiquée au ministère public et répondue d'une ordonnance portant permission de pratiquer la saisie de tous les biens situés dans les arrondissements et départements y désignés.

L'ordonnance du président est susceptible d'opposition parce qu'elle est de nature à occasionner un préjudice à la partie saisie.

§ 2. — Autorisation de faire des insertions extraordinaires.

Aux termes de l'article 697 du code de procédure civile, lorsque indépendamment des insertions prescrites par la loi, le poursuivant, le saisi ou l'un des créanciers inscrits estimera qu'il y aurait lieu de faire d'autres annonces de l'adjudication par la voie des journaux, le président du tribunal devant lequel se poursuit la vente, si l'importance des biens paraît l'exiger, peut autoriser cette insertion extraordinaire. Les frais n'entrent en taxe que si l'autorisation est accordée.

L'ordonnance du président ne peut porter aucun préjudice à la partie saisie ; elle est au contraire de nature à faire atteindre à l'immeuble saisi le plus haut prix. On n'aperçoit donc pas l'utilité d'une opposition.

Section XV

Séquestre d'immeubles hypothéqués à une société de Crédit foncier.

En cas de retard d'un débiteur d'annuités dues à une société de Crédit foncier en vertu d'un prêt hypothécaire par elle consenti, la société peut, en vertu d'une ordonnance rendue sur requête par le président du tribunal civil, se mettre en possession des immeubles hypothéqués aux frais, risques et périls du débiteur en retard.

L'ordonnance du président est susceptible d'opposition de la part du débiteur, parce qu'elle est de nature à lui causer un préjudice (1).

1. Bonjean T. I. p. 314.

Section XVI

Ventes mobilières.

§ 1. — Vente sans attribution de qualité, du mobilier dépendant d'une succession.

S'il existe dans une succession des objets susceptibles de dépérir ou dispendieux à conserver, l'héritier a le droit, en sa qualité d'habile à succéder, et sans qu'on puisse en induire de sa part une acceptation de se faire autoriser par justice à procéder à la vente de ces effets. Cette vente a lieu par officier public, après les affiches et publications réglées par les lois sur la procédure (art. 796 C. civ.).

A cet effet requête est présentée au président du tribunal dans le ressort duquel la succession est ouverte, (art. 986 code de procédure civile).

La femme a, comme l'héritier, le droit de requérir, avant de prendre qualité, la vente des objets mobiliers (1).

Les actions sont vendues par les soins d'un agent de change ou d'un notaire.

1. Chauveau et Glandaz form. de pr. civ. 2e vol. p. 607. De Belleyme T. I. 364.

§ 2. — Vente en procédant au partage.

Aux termes de l'art. 826 du code de procédure civile, chacun des cohéritiers a le droit de demander sa part en nature des meubles et immeubles de la succession. Néanmoins, s'il y a des créanciers saisissants ou opposants, ou si la majorité des cohéritiers juge la vente nécessaire pour l'acquit des charges de la succession, les meubles sont vendus publiquement en la forme ordinaire.

L'art. 946 du code de procédure civile dispose qu'il est procédé à la vente sur la réquisition de l'une des parties intéressées, en vertu de l'ordonnance du président du tribunal de 1re instance et par un officier public.

Les décisions du président, énoncées dans les deux paragraphes qui précèdent, sont susceptibles d'opposition de la part des parties intéressées. D'ailleurs, aux termes de l'art. 948 du code de procédure civile, le président statue en référé sur les difficultés que ses ordonnances en la matière pourraient faire surgir.

§ 3. — Cas divers.

C'est aussi le président qui autorise par ordonnances sur requête la vente des objets mobiliers dans les cas suivants :

1° Sur la demande du directeur des Domaines, à l'égard des objets ayant servi de pièces à conviction et non réclamés ou trouvés sur les suicidés, ou dont la confiscation a été prononcée par jugements devenus définitifs (L. 11. Germinal an X. Ordonnance 22 février 1829).

2° A la requête des hospices (L. 20 juin 1838, art. 317), à l'égard des objets appartenant à un aliéné et susceptibles de dépérir.

3° A la requête de qui de droit, à l'égard des objets laissés à la douane (Loi, 9 août 1791, tit. 9), ou abandonnés dans les magasins de commissionnaires de transport.

4° A la requête du Directeur du Mont-de-Piété qui, aux termes du décret du 8 thermidor an XIII et de l'article 73 du règlement y annexé, doit faire rendre exécutoires, par une ordonnance du président, les rôles comprenant les nantissements qui n'ont pu être retirés dans les délais indiqués, et qui doivent par suite être vendus.

Les difficultés relatives à l'exécution de ces différentes ordonnances sont examinées sur l'opposition des parties intéressées par le président qui les a rendues (1).

1. Bonjean. T. I. p. 835.

Section XVII

Distribution par contribution et règlement par voie d'ordre.

§ 1. — Distribution par contribution.

Lorsqu'il y a lieu à distribution de deniers déposés à la caisse des dépôts et consignations, dès que le délai de la contribution amiable est expiré et que la consignation a été opérée, la contribution judiciaire peut être ouverte.

Aux termes de l'article 658 du Code de procédure civile, il est tenu au greffe un registre des contributions sur lequel un juge est commis par le président sur la réquisition du saisissant ou à son défaut de la partie la plus diligente. Cette réquisition est faite par simple note portée sur le registre appelé registre des contributions ou registre des concurrences.

§ 2. — Règlement par voie d'ordre.

Lorsqu'il y a lieu à distribution par voie d'ordre entre les créanciers privilégiés et hypothécaires, le règlement est fait par le juge spécialement chargé des ordres, s'il en a été désigné un par décret (art. 749, al. 1. C. pr. c.).

Quand, dans un tribunal il n'existe pas de juge spécialement chargé des ordres, la nomination d'un juge-commissaire pour procéder au règlement est faite par le président, à la suite de la réquisition inscrite par le poursuivant sur le registre tenu à cet effet au greffe (art. 750, C. pr. c.).

En cas d'absence ou d'empêchement du juge aux ordres ou du juge spécialement désigné, le président, par ordonnance inscrite sur le registre spécial, désigne un autre juge pour le remplacer (art. 749, C. pr. c. et arg. de cet art.).

Ces ordonnances ne sont pas susceptibles d'opposition, parce qu'elles ne sont pas de nature à porter préjudice aux parties intéressées.

Section XVIII

Surenchère sur aliénation volontaire. Commission d'un huissier.

Si l'acquéreur d'un immeuble sur aliénation volontaire veut éviter les poursuites qui peuvent être exercées contre lui comme tiers détenteur, il est tenu, soit avant les poursuites, soit dans le mois au plus tard à compter de la première sommation qui lui est notifiée, de faire aux

créanciers inscrits les significations prescrites par l'art. 2183 du Code civil.

Les notifications doivent être remises par un huissier commis à cet effet sur simple requête par le président du tribunal civil de l'arrondissement où elles ont lieu (art. 832 C. pr. c.).

Lorsque le propriétaire a fait cette notification dans le délai fixé, tout créancier dont le titre est inscrit peut requérir la mise aux enchères de l'immeuble, à la charge de signifier sa réquisition dans les 40 jours de la notification de l'acquéreur, au nouveau propriétaire et à l'ancien débiteur principal.

Cette signification doit également être remise par huissier commis à cet effet, sur simple requête, par le président de l'arrondissement où elle a lieu. (Art. 2185, C. civ. et 832, C. pr. c.).

Les ordonnances rendues dans ces cas ne pouvant préjudicier à personne ne sont pas sujettes à opposition.

Section XIX

Arbitrage. Nomination d'arbitre et tiers arbitre.

§ 1. — Désignation d'un tiers arbitre.

L'arbitrage est la juridiction de simples par-

ticuliers auxquels les parties en désaccord sur un point litigieux confient le soin de statuer sur le différend qui les divise.

L'acte contenant la désignation des arbitres et l'indication des points litigieux s'appelle compromis.

Aux termes de l'article 1017 du Code de procédure civile, en cas de partage, les arbitres autorisés à nommer un tiers sont tenus de le faire par la décision qui prononce le partage : s'ils ne peuvent en convenir, ils le déclarent sur le procès-verbal et le tiers est nommé par le président du tribunal qui doit ordonner l'exécution de la décision arbitrale. Il est à cet effet présenté requête par la partie la plus diligente.

Si le compromis n'a pas prévu le partage et n'a pas autorisé les arbitres à nommer un *départiteur*, le partage met fin au compromis (1).

§ 2. — Remplacement d'un arbitre empêché.

Lorsque le compromis a nommé trois arbitres et que l'un des arbitres est empêché ; qu'il a été spécifié qu'au cas d'empêchement de l'un des arbitres il serait remplacé par les parties ou par les deux autres arbitres, le compromis finira-t-il ou bien les intéressés pourront-ils faire rem-

1. Bonjean. T. I. p. 135.

placer l'arbitre empêché par ordonnance du président rendue sur requête ?

Avec M. Bonjean (1), nous dirons « que le compromis tendant à une sentence arbitrale étant exorbitant de droit commun, il semblerait juridique de n'étendre aucune de ses dispositions aux cas non prévus (2). »

Conformément aux principes que nous avons adoptés, nous admettons la voie de l'opposition contre l'ordonnance qui nomme un tiers arbitre ou contre celle qui remplace un des arbitres empêchés, si l'on se range à l'avis de ceux qui soutiennent que le président est compétent pour nommer un arbitre dans ce dernier cas. En effet, la partie non requérante a peut-être des raisons à faire valoir qui détermineront le président à rapporter son choix (3).

§ 3. — Ordonnance d'exequatur.

L'article 1020 du code de procédure civile dispose que le jugement arbitral sera rendu exécutoire par une ordonnance du président du tribunal de première instance dans le ressort duquel il a été rendu. A cet effet, la minute

1. T. 2. p. 173.
2. *Contrà* De Belleyme. T. I. p. 3.
3. Bonjean. T. I. p. 178.

du jugement est déposée dans les trois jours par l'un des arbitres, au greffe du tribunal.

Les jugements arbitraux, même ceux préparatoires, ne peuvent être exécutés qu'après l'ordonnance qui est accordée à cet effet, par le président du tribunal, au bas ou en marge de la minute, sans qu'il soit besoin de communiquer au ministère public. L'ordonnance est expédiée à la suite de l'expédition de la décision (art. 1021, c. pr. c.).

Les parties intéressées non requérantes peuvent se pourvoir devant le président par voie d'opposition à l'ordonnance d'*exequatur* pour cause d'incompétence ou de nullité (1).

On peut opposer à cette opinion l'article 1028 du code de procédure civile qui est ainsi conçu :

« Il ne sera besoin de se pourvoir par appel ni requête civile dans les cas suivants :

« 1° Si le jugement a été rendu sans compromis, ou hors des termes du compromis ;

« 2° S'il l'a été sur compromis nul ou expiré ;

« 3° S'il n'a été rendu que par quelques arbitres non autorisés à juger en l'absence des autres ;

1. V. en ce sens. Douai 15 mai 1853. S. 33. 2. 568. Orléans 27 mars 1844. S. 45. 2. 88. Carré. 9. 3361. Bioche V° arbitres, n° 261. Bonjean. T. I. p. 193.

« 4° S'il l'a été par un tiers, sans en avoir conféré avec les arbitres partagés ;

« 5° Enfin, s'il a été prononcé sur des choses non demandées.

« Dans tous ces cas, *les parties se pourvoiront par opposition à l'ordonnance d'exécution* devant le tribunal qui l'aura rendue, et demanderont la nullité de l'acte qualifié *jugement arbitral.*

Cette opposition est tout à fait différente de celle qui tend à faire réformer l'ordonnance elle-même. L'article 1028 n'a pour but que de faire annuler une sentence qui n'a que l'apparence d'un jugement et ne saurait être opposé aux intéressés.

« Et cela est si vrai, dit très bien M. Bonjean (1), que tout le monde est d'accord pour enseigner que le procédé fort étrange de l'article 1028 est purement facultatif et ne saurait empêcher les parties de recourir, suivant les cas, aux autres voies de recours : appel, requête civile ou pourvoi en cassation, (en ce sens Rennes, 27 février 1817. *Contrà* : Nîmes, 9 novembre 1849. D. P. 52. 2. 180).

« L'article cité ne saurait donc, à mon sens, être invoqué pour ou contre les diverses opinions

1. T. I. p. 195.

qui se sont produites, quant à la faculté d'opposition contre l'ordonnance d'*exequatur* prise en elle-même.

« Il serait en tout cas complètement anormal de prétendre que cette dernière opposition, si on l'admet, doit être portée, comme celle de l'article 1028, devant le tribunal entier et non devant le magistrat qui a rendu la décision critiquée ».

Section XX

Délivrance d'actes et d'expéditions aux assistés judiciaires.

Aux termes de l'article 16 de la loi du 22 janvier 1851, sur l'assistance judiciaire, les notaires, greffiers et autres dépositaires publics ne sont tenus à la délivrance gratuite des actes et expéditions réclamés par l'assisté, que sur une ordonnance du juge de paix ou du président.

Cette ordonnance ne pouvant causer aucun préjudice aux parties n'est pas de leur part susceptible d'opposition. Nous admettons cependant que les dépositaires requis de délivrer gratuitement un acte ou une expédition pourraient se pourvoir contre l'ordonnance par la voie de l'opposition, s'ils avaient une raison plausible pour opposer un refus à cette réquisition. Il en

serait ainsi, par exemple, si un notaire refusait de délivrer l'expédition d'un acte parce que les frais lui seraient encore dûs. (art. 851, C. pr. c.), ou parce que le requérant n'est ni intéressé en nom direct ni ayant droit.

Section XXI

Communication de pièces.

Si après l'expiration du délai fixé, soit par le jugement qui aura ordonné la communication, soit du délai de trois jours à défaut de fixation, l'avoué n'a pas rétabli les pièces qui lui ont été communiquées, il est, sur simple requête, et même sur simple mémoire de la partie, rendu ordonnance portant qu'il sera contraint immédiatement à cette remise. Il peut même être condamné à payer 3 francs de dommages-intérêts à l'autre partie par chaque jour de retard à compter de la signification de l'ordonnance, outre les frais des requête et ordonnance, qu'il n'a pas à répéter contre le constituant (art. 188, C. pr. civ.).

Certains auteurs soutiennent que malgré le terme ordonnance, employé par le législateur dans l'article 188 du code de procédure civile, c'est le tribunal qui est compétent pour interve-

nir, parce que le président n'est jamais autorisé à condamner sur requête à une peine pécuniaire (1).

Nous préférons le système contraire, qui attribue compétence au président (2). Nous avons donné déjà la justification de notre opinion ; nous nous dispenserons de la rapporter de nouveau ici. Nous avons également expliqué que l'attribution de compétence au tribunal, sur l'opposition à l'ordonnance était exceptionnelle, et nous en avons donné la raison.

Section XXII

Délivrance d'actes. Secondes grosses.

§ 1er. — Délivrance ou communication d'actes par les notaires à d'autres qu'aux parties intéressées.

L'article 23 de la loi du 25 ventôse, an XI, dispose que les notaires ne peuvent, sans l'ordonnance du président du tribunal de première instance, délivrer expédition ni donner connaissance des actes à d'autres qu'aux personnes in-

1. Chauveau sur Carré Q. 774. Sirey C. ann., p. 297.
2. De Belleyme. T. 1, p. 132. Bertin, T. 1, p. 455. Bonjean, T. 1, p. 272.

téressées en nom direct, héritiers ou ayants-droit, à peine de dommages-intérêts, d'une amende de cent francs, et en cas de récidive, d'une suspension de 3 mois.

L'article 23 de la loi du 25 ventôse an XI n'est applicable que quand il n'existe aucune instance (1). Dans le cas contraire, il faut procéder conformément à l'article 846 du Code de procédure civile, c'est-à-dire se pourvoir par requête d'avoué à avoué.

Les parties intéressées pourront se pourvoir par voie d'opposition contre l'ordonnance, si elles justifient que le requérant n'a aucun motif légitime pour obtenir la délivrance ou la communication requises. Le notaire aura également le droit de former opposition à la décision du président, s'il n'est pas payé des frais d'actes (art. 851, c. pr. c.).

§ 2. — Actes ou jugements non enregistrés.

La partie qui veut obtenir la copie d'un acte non enregistré présente requête au président du tribunal de première instance, sauf l'exécution des lois et règlements relatifs à l'enregistrement. Il est fait mention de la délivrance au bas de la

1. De Belleyme, T. 1, p. 93. Bonjean. T. 1, p. 256. *Contrà* Bertin, T. 2, nos 973-975.

copie délivrée. En cas de refus de la part du notaire dépositaire, il en est référé au président du tribunal civil (art. 841, 842 et 843, C. pr. c.).

Mais il suffit au notaire responsable des droits d'enregistrement, aux termes de l'article 29 de la loi du 22 frimaire an VII, de faire enregistrer l'acte et d'en payer les droits, pour pouvoir délivrer expédition.

L'article 841 n'est donc applicable qu'au cas où le notaire refuserait de soumettre l'acte à la formalité de l'enregistrement, refus qui l'exposerait aux contraintes de la Régie (1).

§ 3. — Copies d'actes imparfaits.

L'acte imparfait est celui qui n'est pas signé par toutes les parties, par suite d'un décès ou d'un refus. Le notaire ne doit pas le supprimer.

Il peut y avoir intérêt pour la partie qui l'a signé à le produire en justice. L'acte n'est pas authentique, s'il n'a pas été signé par le second notaire, les témoins, le notaire rédacteur. Si le notaire qui a procédé n'avait pas qualité, l'acte vaut comme sous seing privé, s'il est signé des parties. Il peut servir de commencement de preuve par écrit, s'il ne porte que la signature de l'une

1. Dalloz. C. pr. c., annoté. Art. 841, n° 8. J.-G. oblig. 4416.

d'elles ; il peut enfin servir de renseignements. La partie qui veut obtenir copie d'un acte imparfait procède comme il vient d'être dit au sujet des actes non enregistrés, (art. 841 c. pr. c.)

§ 4. — Délivrance de secondes grosses.

Aux termes des articles 844 et 854 du Code de procédure civile, la partie qui veut se faire délivrer une seconde grosse, soit d'une minute d'acte ou par ampliation, d'une grosse déposée, soit d'un jugement, présente à cet effet requête au président du tribunal de première instance. En vertu de l'ordonnance qui intervient, elle fait sommation au notaire ou au greffier de délivrer la deuxième grosse à jour et à heure indiqués ; mention est faite de cette ordonnance au bas de la seconde grosse, ainsi que de la somme pour laquelle on pourra exécuter, si la créance est cédée ou acquittée en partie.

Le président du tribunal civil est seul compétent pour ordonner la délivrance d'une seconde grosse, même celle d'un jugement commercial ou de justice de paix (1).

M. De Belleyme soutient que s'il s'agit d'un

1. Trib. de Bourges, 18 mars 1847. S. 47, 2.642. Cass. req., 11 août 1841. S. 47. 1.665. Bonjean, p. 135.

arrêt infirmatif, il faut demander la délivrance à la cour (1).

Nous croyons cependant que la compétence du président du tribunal civil est générale et qu'aucune distinction au sujet du degré de juridiction ne doit être faite (2).

Les ordonnances rendues dans chacun des cas ci-dessus sont susceptibles d'opposition de la part des officiers ministériels ou des parties qui auraient à faire valoir un préjudice résultant de la décision du magistrat.

Section XXIII

Contrefaçon d'ouvrages et de marchandises.

§ 1. — Brevets d'invention.

Toute nouvelle découverte ou invention, dit l'article 1er de la loi du 5 juillet 1844, dans tous les genres d'industrie, confère à son auteur, sous les conditions et pour le temps déterminés, le droit exclusif d'exploiter à son profit ladite découverte ou invention ; le droit est constaté par des titres délivrés par le gouvernement, sous le nom de brevet d'invention.

1. T. 1, p. 103.
2. Bonjean. p. 536.

L'article 2 de la loi du 5 juillet 1844 donne la nomenclature des inventions ou découvertes susceptibles d'être brevetées.

Les propriétaires de brevets ont le droit, en vertu d'une ordonnance du président du tribunal de 1re instance, de faire procéder par tous huissiers à la désignation et à la description détaillées, avec ou sans saisie, des objets prétendus contrefaits. L'ordonnance est rendue sur requête et sur la présentation du brevet; elle contient, s'il y a lieu, la nomination d'un expert pour aider l'huissier dans la description. Quand il y a lieu à saisie, l'ordonnance impose, en tant que de besoin, au demandeur, un cautionnement qu'il est tenu de déposer avant d'y procéder. Le cautionnement est toujours imposé à l'étranger breveté qui requiert la saisie (art. 47, loi 5 juillet 1844).

L'ordonnance du président est susceptible d'opposition de la part de la partie saisie, qui peut subir par suite de la mesure ordonnée un grave préjudice (1). Pour ne pas entraver l'application d'une décision qui serait peut-être, en cas de sursis, réduite à l'état de lettre-morte, l'huissier instrumentaire prendra, en cas d'op-

1. Paris 10 août 1889. D. P. 91. 2. 23. Bonjean. T. 1, p. 716. *Contrà* Cassation 31 mai 1886. D. P. 87. 1.59.

position, les précautions que les circonstances exigeront (1).

§ 2. — Marques de fabrique.

La marque de fabrique est facultative. Toutefois, des décrets rendus en la forme de règlements d'administration publique peuvent, exceptionnellement, rendre la déclaration obligatoire pour les produits qu'ils déterminent (art. 1[er] loi 23 juin 1857).

Sont considérés comme marques de fabrique ou de commerce les noms, sous une forme distinctive, les dénominations, emblèmes, empreintes, timbres, cachets, vignettes, reliefs, lettres, chiffres, enveloppes et tous autres signes servant à désigner les produits d'une fabrique ou les objets d'un commerce (même article).

Nul ne peut revendiquer la propriété exclusive d'une marque de fabrique, s'il n'a déposé au greffe du tribunal de son domicile : 1° trois exemplaires du modèle de cette marque ; 2° le cliché typographique de la même marque. En cas de dépôt de plusieurs marques appartenant à une même personne, il n'est dressé qu'un procès-verbal, mais il doit être déposé autant de

1. Pandectes françaises. V° *propriété littéraire*, etc., n° 5467.

modèles en triple exemplaire et autant de clichés qu'il y a de marques distinctives. L'un des exemplaires déposés est remis au déposant revêtu du visa du greffier et portant l'indication du jour et de l'heure du dépôt, (art. 2, loi 23 juin 1857, modifié par la loi du 5 mai 1890).

Le propriétaire d'une marque de fabrique a le droit de faire procéder par tous huissiers à la description détaillée, avec ou sans saisie, des produits qu'il prétend marqués à son préjudice, en contravention aux dispositions de la loi du 23 juin 1857, en vertu d'une ordonnance du président du tribunal civil de première instance, ou du juge de paix du canton, à défaut de tribunal dans le lieu où se trouvent les produits à décrire ou à saisir. L'ordonnance est rendue sur simple requête et sur la présentation du procès-verbal constatant le dépôt de la marque. Elle contient, s'il y a lieu, la nomination d'un expert pour aider l'huissier dans sa description. Lorsque la saisie est requise, le juge peut exiger du requérant un cautionnement que celui-ci est tenu de consigner avant de procéder à la saisie. (art. 17, loi 23 juin 1857).

§ 3. — Dessins de fabrique.

On appelle dessin de fabrique, dans le sens de la loi du 18 mars 1808 « Toutes disposi-

tions généralement quelconques de lignes ou de couleurs » (et le mot disposition désigne « toutes les variétés de combinaisons qui peuvent se produire, même en dehors de l'art du dessin proprement dit ») ou encore « tout effet d'ornementation destiné à donner à un objet quelconque un cachet de nouveauté. Cet effet, d'ailleurs, résulte d'un ensemble de lignes ou seulement d'une opposition de couleurs ou de toute autre combinaison, même sans régularité (1) ».

Le conseil de prud'hommes est chargé des mesures conservatoires de la propriété des dessins, (art. 14, loi 18 mars 1806).

Tout fabricant qui veut revendiquer par la suite la propriété d'un dessin de son invention est tenu de déposer aux archives du conseil de prud'hommes un échantillon sous enveloppe revêtu de ses cachet et signature, et sur laquelle est également apposé le cachet du conseil de prud'hommes. Les dépôts ci-dessus sont inscrits sur un registre tenu *ad hoc* par le conseil de prud'hommes, lequel délivre au fabricant un certificat rappelant le numéro d'ordre du paquet et constatant la date du dépôt.

Le propriétaire du dessin peut poursuivre les

1. Pouillet. *Traité des dessins et marques de fabriques*, n° 6.

contrefacteurs. On admet généralement qu'il a, comme en matière de brevets d'invention et de marques de fabrique, le droit de faire procéder à la saisie ou à la description des objets contrefaits et que c'est le président du tribunal civil qui est compétent pour ordonner cette mesure. On fait résulter ce droit, d'une façon générale, de l'article 44 du décret du 30 mars 1808, en vertu duquel le président du tribunal civil autoriserait les mesures urgentes aux risques et périls du requérant toutes les fois qu'il est saisi d'une plainte en violation d'un droit en apparence justifié (1). Nous avons critiqué cette interprétation du décret du 30 mars 1808.

Le tribunal civil de la Seine (2) a jugé qu'en tout cas les procès-verbaux de saisie dressés en vertu d'une ordonnance du président du tribunal civil ne peuvent être considérés comme nuls.

L'opposition aux ordonnances dont il est question dans les deux paragraphes qui précèdent est ouverte à la partie saisie, dans les conditions indiquées au § 1er de la présente section.

1. Douai, 2 février 1835. S. 85. 2.57. Pand. franç. V. *propriété littéraire*, etc., n° 2611 et suiv.

2. 13 décembre 1883. S. 85. 2.187.

Section XXIV

Scellés.

§ 1. — Apposition par un créancier de la succession.

Lorsqu'il y a lieu à l'opposition des scellés après décès, elle est faite par les juges de paix, et à leur défaut par leurs suppléants (art. 907, c. pr. c.).

Si l'apposition des scellés est requise pendant le cours de l'inventaire, les scellés ne sont apposés que sur les objets non inventoriés (art. 923 c. pr. c.).

L'apposition des scellés peut être requise par tout créancier de la succession, mais le créancier non fondé en titre exécutoire ne la requiert qu'en vertu d'une ordonnance rendue soit par le président, soit par le juge de paix du canton où le scellé doit être apposé.

§ 2. — Apposition par un créancier du successeur.

Le créancier d'un successeur peut exercer ses droits et actions en vertu de l'article 1166 du code civil, et s'opposer à ce que le partage soit fait hors sa présence (art. 882 c. civ.).

Il a dès lors le droit de requérir l'apposition

des scellés et, s'il n'est pas porteur d'un titre exécutoire, il n'y fait procéder qu'avec l'autorisation du président ou du juge de paix.

§ 3. — Apposition des scellés après l'inventaire.

Lorsque l'inventaire est parachevé, les scellés ne doivent pas être apposés, à moins que l'inventaire ne soit attaqué et qu'il n'en soit ainsi ordonné par le président du tribunal par ordonnance sur requête (art. 923, c. pr. civ.).

§ 4. — Apposition des scellés en cas de dissolution d'une société.

Les règles concernant le partage des successions, la forme de ce partage et les obligations qui en résultent s'appliquent au partage entre associés (art. 1872 c. c.). Il s'ensuit qu'un créancier peut être autorisé par le président ou le juge de paix à faire apposer les scellés sur les effets mobiliers dépendant d'une société qui a pris fin.

§ 5. — Apposition des scellés en cas de demande en séparation de corps et en divorce.

Par le fait de la demande qui autorise la femme à assigner son mari en divorce ou en séparation de corps devant le tribunal, la femme a

le droit de prendre toutes mesures pour la conservation de ses droits. (art. 238 al. 4 et 307 code civil). Il en résulte que la demanderesse est en droit de requérir l'apposition des scellés sur les effets de la communauté.

§ 6. — Permission de lever les scellés avant le délai fixé par la loi.

Le scellé ne doit être levé et l'inventaire fait que trois jours après l'apposition, si elle a été faite depuis l'inhumation, à peine de nullité des procès-verbaux de levée de scellés et d'inventaire et de dommages-intérêts contre ceux qui les auraient faits et requis ; le tout à moins que, pour des causes urgentes dont il est fait mention dans son ordonnance, il n'en soit autrement prescrit par le président du tribunal civil, (art. 928 code de procédure civile).

§ 7. — Nomination d'un notaire pour représenter les intéressés éloignés.

Aux termes de l'art. 931 du code de procédure civile, doivent être appelés à la levée des scellés le conjoint survivant, les héritiers présomptifs, l'exécuteur testamentaire, les légataires universels et à titre universel, s'ils sont connus, et les opposants. Il n'est pas besoin d'appeler les intéressés hors de la distance de 5 myriamètres, mais on convoque pour eux à la levée des scellés, et à l'inventaire un notaire nommé

d'office par le président du tribunal de 1re instance.

§ 8. — Opposition aux scellés par un créancier sans titre.

Le créancier a le droit de former opposition aux scellés en vertu de son titre et, s'il n'a pas de titre, en vertu de la permission du président art. 926 et arg. art. 558 code de procédure civile).

Les ordonnances rendues dans les cas ci-dessus sont susceptibles d'opposition de la part des intéressés, en vertu des principes généraux plus haut exposés et spécialement de l'art. 921 du c. de pr. civ., qui dispose que le président statuera en référé sur les difficultés que la matière fera naître.

Section XXV

Testaments et paquets cachetés.

§ 1. — Testament olographe ou mystique.

Tout testament olographe ou mystique doit, avant d'être mis à exécution, être présenté au président du tribunal de première instance de l'arrondissement dans lequel la succession est ouverte. Le testament est ouvert s'il est cacheté.

Le président dresse procès-verbal de la présentation, de l'ouverture et de l'état du testament, dont il ordonne le dépôt entre les mains du notaire par lui commis.

Si le testament est dans la forme mystique, sa présentation, son ouverture, sa description et son dépôt sont faits de la même manière ; mais l'ouverture ne peut se faire qu'en présence de ceux des notaires et des témoins signataires de l'acte de souscription ou eux appelés (art. 1.007, c. civ.).

§ 2. — Paquets cachetés.

On décide généralement (1) que toute enveloppe non cachetée ou fermée doit être présentée au président et ouverte par lui parce qu'elle peut contenir un testament ou des papiers et objets divers s'y rapportant.

Le président dresse procès-verbal de l'état des paquets, en ordonne la remise aux personnes à qui ils appartiennent ou le dépôt chez un notaire, s'ils intéressent le testament ou la succession.

Le procès-verbal de présentation, d'ouverture et de dépôt est une simple constatation qui ne peut faire l'objet d'aucun recours, parce

1. Bonjean, T. 1, p. 88. Angers, 3 mars 1881. S. 83. 2.67.

qu'elle n'est pas de nature à porter préjudice aux parties intéressées. Mais il en est autrement du dépôt avec commission de notaire ; le choix de l'officier ministériel peut porter atteinte aux droits des parties quand il vise par exemple un notaire qui n'est pas celui de la famille. Cette décision sera donc susceptible d'opposition (1).

Section XXVI

Envoi en possession de legs universel.

Le legs universel est la disposition testamentaire par laquelle le testateur donne à un ou plusieurs l'universalité des biens qu'il laissera à son décès (art. 1003 c. civ.).

Lorsque au décès du testateur il y a des héritiers auxquels une quotité de ces biens est réservée par la loi, ces héritiers sont saisis de plein droit par sa mort de tous les biens de la succession, et le légataire est tenu de leur demander la délivrance des biens compris dans le testament (art. 1004 c. civ.)

Lorsqu'au décès du testateur il n'y a pas

1. Trib. de Saint-Gaudens, *Gaz. des Trib.* 4-5 juin 1894. Bordeaux, 23 juin 1885. S. 85. 2.185. Bonjean. T. I, p. 797.

d'héritiers auxquels une quotité de ces biens soit réservée par la loi, le légataire universel est saisi de plein droit par la mort du testateur, sans être tenu de demander la délivrance (art. 1006 c. civ.)

Dans les cas de l'article 1006, si le testament est olographe ou mystique, le légataire universel est tenu de se faire envoyer en possession par une ordonnance du président mise au bas d'une requête à laquelle est joint l'acte de dépôt (art. 1008).

L'envoi en possession est la matière qui a donné lieu au plus grand nombre d'arrêts et fourni l'occasion de manifester en doctrine le plus d'opinions diverses. Nous avons déjà étudié les différents systèmes s'appliquant aux voies de recours contre les ordonnances d'envoi en possession. Nous jugeons donc inutile de les rappeler ici.

Section XXVII

Perte de titres au porteur. Autorisation de toucher des intérêts ou des dividendes et le capital exigibles.

La loi du 15 juin 1872 indique la procédure que doit suivre le propriétaire de titres

au porteur qui est dépossédé par un évènement quelconque, pour se faire restituer contre cette perte.

Lorsqu'il s'est écoulé une année depuis l'opposition prescrite par l'article 2 sans qu'elle ait été contredite, et que, dans cet intervalle deux termes au moins d'intérêts ou de dividende ont été mis en distribution, l'opposant a le droit de se pourvoir auprès du président du tribunal civil du lieu de son domicile. Il peut obtenir l'autorisation de toucher sous caution et de faire déposer à la caisse des dépôts et consignations les intérêts ou dividendes échus ou à échoir, au fur et à mesure de leur exigibilité, et même le capital des titres frappés d'opposition, dans le cas où le dit capital serait ou deviendrait exigible (art. 3 et 4).

L'ordonnance du président étant de nature à causer un préjudice à la compagnie débitrice qui peut craindre d'être recherchée par le prétendu propriétaire du titre est susceptible d'opposition de la part de la compagnie et du prétendu propriétaire.

Section XXVIII

Assignations, significations et exécutions un jour de fête légale, avant ou après l'heure légale.

Aucun exploit, dit l'article 68 du Code de procédure civile, ne peut être donné un jour de fête légale, si ce n'est en vertu d'une ordonnance du président du tribunal.

L'article 1037 du même code ajoute : « Aucune signification ni exécution ne pourra être faite, depuis le 1er octobre jusqu'au 31 mars, avant 6 heures du matin et après 6 heures du soir ; et depuis le 1er avril jusqu'au 30 septembre, avant 4 heures du matin et 9 heures du soir ; non plus que les jours de fête légale, si ce n'est en vertu de permission du juge, dans le cas où il y aurait péril en la demeure.

L'autorisation du président peut être de nature à préjudicier aux droits de celui contre qui l'on procède : il pourra donc se pourvoir par voie d'opposition devant le président, sauf à l'officier instrumentaire à prendre les dispositions que comporteront les circonstances, à constituer gardien aux portes, par exemple (1).

1. *Contrà* Riom 25 janvier 1884. *D. c. pr. an.* art. 1037 n° 33. D.-J. G. V° Exploit 354 et 356.

Section XXIX

Commission d'officiers ministériels.

Les officiers ministériels, dont l'office privilégié est obligatoire, à savoir : les notaires, les commissaires-priseurs, les agents de change, les huissiers, doivent prêter leur ministère aux parties qui en ont besoin, à moins qu'ils n'aient de justes motifs pour de pas obtempérer à la réquisition qui leur est faite.

L'usage, faute de disposition formelle, a attribué au président du tribunal civil le pouvoir de commettre l'officier ministériel par ordonnance sur requête (1). Nous ne pouvons admettre que l'usage puisse attribuer compétence en cette matière au président statuant par ordonnance sur requête. Pour justifier leur opinion, d'après laquelle le président peut procéder ainsi qu'il vient d'être dit, De Belleyme et Bertin invoquent l'article 54 du décret du 30 mars 1808, qui est le suprême argument quand on veut, faute d'un texte spécial, faire entrer une espèce dans les attributions du président en notre matière. Nous pensons que le président sera compétent pour

1. De Belleyme T. I, p. 19. Bertin, T. I, n° 5095 et suiv.

commettre un officier ministériel qui refuse de prêter son ministère, mais seulement en référé, après débat contradictoire ou l'officier dûment appelé.

Si l'on admet, contre notre opinion, que le président peut procéder en cette matière par voie d'ordonnance sur requête, l'officier ministériel aura le droit de se pourvoir par opposition devant le magistrat qui l'a commis s'il invoque un motif légitime qui soit de nature à faire rapporter la commission.

Section XX

Postulation. Constatation des contraventions.

Les individus qui sont convaincus de se livrer à la postulation et les avoués coupables de complicité sont possibles des peines prévues par l'article 1^er^ de la loi du 19 juillet 1810.

Lorsque la chambre des avoués près d'un tribunal civil, informée de l'existence de la contravention et voulant la faire constater, croit devoir demander à être autorisée à faire les perquisitions nécessaires dans les domiciles qui lui sont indiqués, elle présente à cet effet requête au président du tribunal. L'autorisation ne doit

être accordée que sur les conclusions du Ministère public, données sur un soit communiqué et après que la gravité des faits et des circonstances allégués a été examinée. La contravention peut aussi être poursuivie d'office et les perquisitions demandées par les procureurs généraux ou les procureurs de la République (art. 4 et 5, loi 19 juillet 1810).

L'ordonnance du président est susceptible d'opposition, parce qu'elle est de nature à causer un préjudice à la partie contre laquelle la mesure est ordonnée. L'huissier instrumentaire, en cas de recours prendra toutes les précautions que les circonstances exigeront, afin d'empêcher la disparition des éléments de la contravention.

Section XXI

Correction paternelle.

Le père et la mère, et ceux qui exercent à leur place la puissance paternelle ont un droit très rigoureux quand ils ont lieu de se plaindre de la conduite de l'enfant. Ils peuvent le faire enfermer hors de la maison paternelle. (art. 375 c. civ.).

C'est le président du tribunal civil qui déli-

vre l'ordre de l'arrestation, après en avoir conféré avec le procureur de la République.

On procède sans écriture ni formalité judiciaire, si ce n'est pour l'ordre même d'arrestation, dans lequel les motifs ne sont pas énoncés, (art. 378.).

Le requérant est seulement tenu de souscrire une commission de payer tous les frais et de fournir les aliments convenables. Mais le président peut accorder à un père indigent l'ordre de faire enfermer son enfant, bien qu'il ne souscrive pas cette commission, pourvu qu'il justifie de son indigence par un certificat du maire et par un extrait du rôle des contributions et que l'autorité administrative consente à prendre à sa charge les frais de cette détention. (Circul. Min. 20 janvier 1822.

Il ne s'agit donc pas d'un emprisonnement ni d'une peine véritable, et c'est pour cela que le législateur n'a pas voulu qu'il restât une trace préjudiciable à l'enfant de la détention par lui subie).

La détention a lieu par voie d'autorité lorsque le président est tenu de délivrer l'ordre d'arrestation, sans avoir le droit d'exiger l'indication des motifs de la demande, ni de les contrôler. Ex. : détention à la demande du père d'un enfant âgé de moins de 16 ans commencés (art. 376 C.

civ.). Elle a lieu par voie de réquisition quand le président a le droit de refuser l'ordre d'arrestation. Ex. : détention sur la réquisition du père d'un enfant âgé de 16 ans commencés (art. 377 C. civ.).

Lorsque l'ordre est donné par voie d'autorité, il ne peut être révoqué par le président de la cour d'appel. Il n'en est pas ainsi lorsque la détention est ordonnée par voie de réquisition.

Dans ce dernier cas, l'enfant détenu aux termes de l'article 382, al. 2 du Code civil peut adresser un mémoire au procureur général près la cour d'appel. Celui-ci se fait rendre compte par le procureur de la République près le tribunal de première instance et fait son rapport au président de la cour d'appel qui, après avoir donné son avis au père et avoir recueilli tous les renseignements, peut révoquer ou modifier l'ordre donné par le président du tribunal civil.

L'al. 1 de l'article précédent pourrait laisser supposer que le recours n'est ouvert à l'enfant que lorsqu'il a des biens personnels ou un état. Mais il lui appartient sans distinction quand il est détenu par voie de réquisition. Les travaux préparatoires et les raisons d'analogie doivent en faire décider ainsi.

Comme on vient de le voir, quand un recours est ouvert à l'enfant, il y a dérogation au prin-

cipe qui veut que toute décision par défaut soit susceptible d'opposition. C'est en effet par appel direct que l'enfant doit se pourvoir auprès du premier président de la cour d'appel.

Mais nous ferons remarquer avec M. Bonjean (1) que l'étude de la correction paternelle ne devrait pas être rangée parmi celle des ordonnances sur requête.

« MM. De Belleyme et Bertin ont l'un et l'autre placé l'étude de la correction paternelle parmi celle des ordonnances sur requête proprement dites. On peut en être surpris. En effet, cette voie de répression familiale constitue un système tout à fait spécial qui, ni par ses formes, ni par son but, ni par ses effets, ne peut être assimilé aux décisions prévues par divers articles de nos lois pour régler dans des situations particulières certains conflits d'intérêts.

Ce sujet n'est traité ici que pour ne pas rompre avec la tradition.

Section XXII

Dispenses relatives au mariage.

Aux termes de l'article 5 de l'arrêté du 20 prairial an XI, relatif au mode de délivrance des

1. T. I p. 287.

dispenses relatives au mariage, le décret portant dispense d'âge ou dispense dans les degrés prohibés est, à la diligence du procureur de la République, et en vertu de l'ordonnance du président du tribunal civil enregistré au greffe, dans l'arrondissement duquel le mariage doit être célébré.

Cette ordonnance n'étant pas de nature à préjudicier aux droits de quiconque, n'est pas susceptible d'opposition.

Section XXIII

Affaires en chambre du Conseil.

Dans toutes ces affaires le tribunal est saisi par une requête au président ou au tribunal, au bas de laquelle le président rend une ordonnance commettant un juge pour faire rapport et ordonnant la communication au ministère public. Cette ordonnance ne peut causer préjudice à personne et n'est pas susceptible d'opposition.

L'ordonnance de commission et de soit communiqué est rendue lorsqu'il s'agit :

1° De pourvoir à l'administration des biens d'un présumé absent (art. 112 c. civ.).

2° De faire déclarer l'absence et d'obtenir l'en-

voi en possession provisoire des biens d'un absent, (art. 120 c. civ.).

3° a) De faire commettre un notaire pour représenter les présumés absents dans les inventaires, comptes, partages et liquidations, où ils sont intéressés; b) de faire ordonner l'enquête afin de constater l'absence ; (art. 115 C. civ.) ; c) de statuer sur l'intervention du conjoint de l'absent, qui s'oppose à l'envoi en possession, (art. 124 C. civ.) ; d) de se faire autoriser, (il s'agit de ceux qui ont obtenu l'envoi en possession ou de l'époux qui a opté pour la continuation de la communauté), à vendre tout ou partie du mobilier et constater l'état des immeubles (art. 1261 C. civ.) ; e) d'obtenir l'envoi en possession définitive (art. 1291 C. civ.).

4° Pour la femme mariée d'obtenir une autorisation maritale malgré le refus de son mari ou quand son mari est présumé absent (art. 681 et 863 C. pr. c.).

5° De faire homologuer un acte de notoriété pour suppléer à un acte de naissance (art. 721, C. civ.).

6° De rectifier un acte de l'état civil (art. 99, C. civ.).

7° De faire homologuer un avis de parents (art. 457, 458 et 467 C. civ. et 885 C. pr. c.).

8° D'homologuer un acte d'adoption (art. 453, C. civ.).

9° D'obtenir la restriction de l'hypothèque légale de la femme (art. 2144, C. civ.).

10° De demander l'interdiction ou un conseil judiciaire, ou la main-levée de l'interdiction ou d'un conseil judiciaire (art. 890, 892, 897 C. pr. c. et 514 C. civ.).

11° De faire déclarer la déchéance ou la restitution de la puissance paternelle (loi 24 juillet 1889).

12° D'obtenir l'autorisation de vendre les immeubles dépendant d'une succession bénéficiaire (art. 987, C. pr. c.).

13° De nommer un curateur au bénéfice d'inventaire (art. 996, C. pr. c.).

14° De nommer un curateur à une succession vacante (art. 998, C. pr. c.).

15° Pour le conjoint survivant ou l'Etat de demander l'envoi en possession des biens dépendant d'une succession (art. 770, C. civ.).

16° De nommer un administrateur ou un curateur provisoire des biens d'une personne placée dans un établissement d'aliénés, (art. 33 et 38, loi 30 juin 1838).

17° D'homologuer la délibération d'un conseil de famille autorisant le tuteur à vendre les meubles incorporels du mineur ou de l'aliéné dont

la valeur dépasse 1500 francs en capital (art. 1, 2 et 4 loi 27 février 1880. Art. 8 loi 7 février 1838).

Section XXIV

Taxe des notaires, avoués et huissiers.

Une loi récente du 24 décembre 1897, modifiant le deuxième décret du 16 février 1807, a réglementé le recouvrement des frais dûs aux notaires, avoués et huissiers.

La demande de taxe pour les notaires est portée devant le président du tribunal civil de la résidence des notaires ou en cas d'empêchement devant un juge commis par lui. La taxe est arrêtée conformément au tarif, s'il s'agit d'actes qui y sont compris, et s'il s'agit d'actes non tarifés, suivant la nature et l'importance de ces actes, les difficultés que leur rédaction a présentées et la responsabilité qu'ils entraînent.

Pour les avoués et les huissiers, la taxe est faite par le président du tribunal où les frais ont été faits, ou, à son défaut, par un juge qu'il désigne ; s'il s'agit de frais relatifs à une instance, le magistrat taxateur doit, à moins d'empêchement, avoir pris part au jugement.

Pour les notaires et les avoués, en matière de

compte, liquidation et partage, les frais faits devant le tribunal sont taxés, à moins d'empêchement, par le juge-commissaire (art. 3).

Les notaires, avoués et huissiers doivent signifier à la partie débitrice, par acte d'avoué à avoué, s'il y a avoué constitué, sinon à personne ou domicile, l'état détaillé des frais taxés et l'ordonnance du magistrat taxateur, revêtue sur minute de la formule exécutoire.

Dans les quinze jours de la signification sauf l'application des art. 73, 74 et 1033 du c. de pr. c., l'ordonnance de taxe est susceptible d'opposition de la part tant de la partie débitrice que de la partie qui en est bénéficiaire. Cette opposition est motivée par acte d'avoué à avoué, s'il y a avoué constitué, sinon par ajournement. — Les débats ont lieu en chambre du conseil ; le jugement est rendu en audience publique ; il est susceptible d'opposition dans les formes et dans les cas ordinaires.

L'ordonnance de taxe vaut titre exécutoire ; elle emporte hypothèque judiciaire ; mais elle ne doit être exécutée et l'inscription ne peut être valablement prise qu'après l'expiration du délai d'opposition (art. 4).

Les mêmes règles s'appliquent aux frais, non liquidés par le jugement ou l'arrêt, réclamés par un avoué, distractionnaire des dépens, con-

tre la partie adverse comdamnée à les payer

Toutefois, en ce cas : 1° le délai d'opposition n'est pas augmenté à raison des distances, si le jugement ou l'arrêt sur le fond est contradictoire ; 2° l'appel n'est recevable que s'il y a recours contre quelque disposition sur le fond ; 3° l'ordonnance de taxe peut être exécutée dès qu'elle a été signifiée et l'inscription de l'hypothèque judiciaire est valablement prise avant même la signification (même article).

L'exécution de l'ordonnance de taxe est suspendue s'il y est fait opposition ou si la décision sur le fond est frappée d'opposition ou d'appel (même article).

Il n'en est pas de même quand le président rend une ordonnance déclarant la taxe exécutoire contre la partie qui a signifié un désistement. L'article 403 du code de procédure civile, qui n'a pas été abrogé par la loi du 24 décembre 1897, porte que l'ordonnance de taxe, dans ce cas, est exécutoire nonobstant opposition ou appel.

La loi du 24 décembre 1897 est applicable aux actes passés et aux frais faits antérieurement à sa promulgation.

Cette loi a abrogé, dans celles de leurs dispositions qui lui sont contraires :

1° la loi du 5 août 1881 relative à la prescription et à la taxe des actes notariés ; 2° l'article 30 de la loi du 22 frimaire an VII, qui autorisait les officiers publics ayant fait pour les parties l'avance des droits d'enregistrement, à prendre exécutoire du juge de leur canton pour leur remboursemont ; 3° l'art. 5 de la loi du 25 ventôse an XI sur le règlement à l'amiable ou par le tribunal civil, des honoraires et vacations des notaires. (Cet article n'avait pas besoin d'une nouvelle abrogation, car il avait été abrogé par l'art. 173 du décret du 16 février 1807. Cass. 14 mars 1853, 29 juillet 1869. *Pandectes françaises*, chr. 14. 1. 99) ; 4° enfin, le décret du 16 février 1807 relatif à la taxe des avoués et à la liquidation des dépens.

Nous avons eu l'occasion de signaler l'anomalie de l'opposition aux ordonnances de taxe du président ; nous avons expliqué qu'en déférant l'opposition, non au magistrat qui a rendu l'ordonnance, mais au tribunal qu'il préside, le législateur a dérogé à la règle générale mais que cette exception s'explique par la nature spéciale de la décision qui nous occupe.

Section XXV

Taxe des experts.

La minute d'expertise est déposée au greffe du tribunal qui a ordonné l'expertise, sans nouveau serment de la part des experts ; leurs vacations sont taxées par le président ou le juge par lui délégué, au bas de la minute; il en est délivré par le greffier exécutoire contre la partie qui a requis l'expertise ou qui l'a poursuivie, si elle a été ordonnée d'office (art. 319, c. pr. c.).

Aux termes de l'article 543 du C. de pr. c., la liquidation des dépens et frais en matière sommaire est faite par le jugement qui les adjuge. L'article 544 porte que « la manière de procéder à la liquidation des dépens et frais, dans les autres matières, sera déterminée par un ou plusieurs règlements d'administration publique ».

En conformité de ces dispositions, il est intervenu, le 16 février 1807, deux décrets dont l'un a tarifé les actes de procédure, et l'autre a réglé le mode de liquidation des dépens. Le premier décret a tarifé non-seulement les actes des officiers ministériels, mais aussi les vacations que doit allouer aux experts le président du tribunal qui les a nommés. Par suite, le mode

de liquidation des vacations dues aux experts est le même que celui des frais et dépens dûs aux parties en cause ou à leurs avoués.

D'après l'art. 6 du deuxième décret de 1807, combiné avec le tarif de taxe qui y est contenu, l'exécutoire délivre à la suite de la taxe où le jugement du chef de la liquidation, sont susceptibles d'opposition, et cette opposition doit être suivie de citation en chambre du conseil, qui statue sommairement.

Cette disposition est générale et s'applique à l'ordonnance portant taxe au profit d'un expert, mais en tant seulement qu'il s'agit de la taxe (1).

Section XXVI

Taxe des frais de garde.

Le gardien constitué dans une saisie-exécution ou tout autre saisie d'effets mobiliers a droit à un émolument fixé par l'art. 14 du décret du 16 février 1807 et au remboursement de ses avances.

La taxe en est faite par le président du tribu-

1. *Cass.* 19 janv. 1886. *Pand. fr. chr.* 1888 I. 430. Bonjean. T. 1, p. 780.

nal civil de l'arrondissement dans lequel a été pratiquée la saisie ou par le juge désigné.

Quand les frais de garde peuvent être compris dans les dépens adjugés par une décision judiciaire, ils doivent être taxés et recouvrés en vertu du jugement ou d'un exécutoire supplétif sur le produit des meubles saisis et vendus. Il en est de même lorsque le gardien veut recouvrer ses frais contre le saisissant (1). La cour de Cassation a décidé que, du rapprochement des articles 34 du premier décret du 16 février 1807 et 5 du deuxième décret du même jour, il résulte que la première disposition doit s'appliquer à tous les cas où les frais soumis à la taxe et dûment taxés n'ont pas été compris dans l'expédition et que le gardien d'objets saisis peut, après avoir fait taxer les frais de garde, requérir un exécutoire pour le montant de la taxe et, en vertu de cet exécutoire, poursuivre par voie de commandement le recouvrement des dits frais (2).

Il est procédé en cas d'opposition comme il a été dit à la section précédente, relativement aux frais d'expertise.

1. Dalloz, *Sup. rép., frais et dépens*, 350.
2. Cass. 8 août 1877. D. P. 77. I. 165.

CONCLUSION

Nos efforts ont tendu à synthétiser les systèmes épars dans les différents auteurs et dans la jurisprudence, et à exposer dans une vue d'ensemble la théorie des ordonnances sur requête.

Nous pouvons résumer notre étude de la façon suivante :

Les ordonnances sur requête ne peuvent être rendues, selon nous, que dans les cas spécialement déterminés par la loi, à moins que le requérant ne se trouve exceptionnellement sans adversaire, cas auquel l'ordonnance sur requête supplée à l'ordonnance de référé.

Les ordonnances sur requête sont du domaine de la juridiction contentieuse.

Elles peuvent être exécutées, comme toutes sentences judiciaires, même avec l'emploi de la force publique.

La partie adverse, si elle est lésée, a le droit de recourir contre l'ordonnance sur requête, par la voie de l'opposition, sans qu'il soit besoin de réserver ce recours dans la décision.

L'ordonnance qui intervient acquiert le caractère d'une ordonnance de référé, grâce à la contradiction qui fait défaut aux ordonnances sur requête, par leur essence même.

La deuxième ordonnance est susceptible d'appel, quand elle a été rendue incompétemment et en premier ressort.

La deuxième ordonnance, si elle est rendue en dernier ressort et l'arrêt de la cour d'appel peuvent être frappés de pourvoi en cassation.

Vu par le Président de la thèse,
Aix, le 5 février 1900,
BOUVIER-BANGILLON

Vu : pour le doyen,
L'Assesseur,
EDOUARD JOURDAN

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur,
BELIN

BIBLIOGRAPHIE

Baudry-Lacantinerie. — Précis de droit civil. Paris. Larose, 1897.

Baudry-Lacantinerie et de Loynes. — Traité théorique et pratique de droit civil. Du nantissement, des privilèges et hypothèques. Paris, Larose, 1896.

Bazot. — Des ordonnances sur requête et en référé Paris. A. Cotillon et Cie, 1876.

Bertin. — Ordonnances sur requête et sur référé. Paris. A. Durand et Pedone Lauriel, 1878.

Bioche. — Dictionnaire de procédure civile et commerciale. Paris. Videcoq, fils aîné, 1850.

Bonjean. — Traité des ordonnances sur requête et sur référé. Paris. A. Pedone, 1899.

Chauveau et Carré. — Les lois de la procédure civile. Paris. Librairie de jurisprudence de Delamotte, 1841.

Chauveau et Glandaz. — Formulaire de procédure civile. Marchal et Billard, 1892-1893.

Dalloz. — Code de procédure civile annoté. Paris, 1876.

Dalloz. — Répertoire. Paris, 1846-64.

Dalloz. — Jurisprucence générale.

De Belleyme. — Ordonnances sur requêtes et sur référés. Paris. Cosse, Marchal et Cie, 1855.

Faure. — Thèse. De la juridiction gracieuse des tribunaux de première instance, spécialement en ce qui concerne les biens. Bordeaux. J. Cadoret, 1898.

Garsonnet. — Traité théorique et pratique de procédure. Paris. Larose et Forcel, 1882.

Lefas. — Thèse. De la notion de juridiction gracieuse en droit français. Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence. Arthur Rousseau, 1896.

Pandectes françaises. — Répertoire, Paris. Chevalier-Marescq et Cie, 1891.

Pandectes françaises. — Recueil mensuel de jurisprudence et de législation. Paris, Chevalier-Marescq et Cie.

Rousseau et Laisney. — Dictionnaire théorique et pratique de procédure civile, criminelle et administrative. Paris. Arthur Rousseau, 1886.

Sirey. — Recueil des lois et arrêts.

TABLE DES MATIÈRES

Pages

INTRODUCTION 5

CHAPITRE I. — Définition des ordonnances sur requête et pouvoirs des présidents 10

CHAPITRE II. — Forme des ordonnances sur requête. . . 16

CHAPITRE III. — Dans quels cas sont rendues les ordonnances sur requête. 19

CHAPITRE IV. — Nature juridique des ordonnances sur requête. 33

CHAPITRE V. — Effets des ordonnances sur requête. . . 91

CHAPITRE VI. — Voies de recours contre les ordonnnances sur requête. 101

CHAPITRE VII. — Différentes ordonnances sur requête des présidents 157

BIBLIOGRAPHIE 229

Mayenne, imprimerie SOUDÉE et COLIN.

MAYENNE, IMPRIMERIE SOUDÉE ET COLIN.